

# Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb set i et dansk, EU-retligt og folkeretligt perspektiv

## The concept of disability in the Danish Act on the Prohibition of Differential Treatment on the Labour Market seen in perspective of Danish, European Union and International Law

af METTE SØSTED

*Nærværende speciale har som overordnet formål at redegøre for og analysere forskelsbehandlingslovens handicapbegreb i et dansk, EU-retligt og folkeretligt perspektiv.*

*Specialet behandler først den overstatslige regulering og praksis vedrørende handicapbegrebet. EU Domstolen har udtalt, at beskæftigelsesdirektivets handicapbegreb skal fortolkes som et autonomt EU-retligt begreb. EU Domstolens retspraksis på området viser bl.a., at begrebet skal forstås som en funktionsnedsættelse, der sandsynligvis vil vare i lang tid, og som begrænser deltagelse i erhvervslivet.*

*EU har sidenhen ratificeret FN's Handicapkonvention, hvis retningslinjer udtrykker et bredt miljøbestemt handicapbegreb. Som konsekvens af ratificeringen er EU Domstolen såvel som de nationale domstole forpligtede til at fortolke handicapbegrebet konventionskonformt. Der er stærke momenter for, at EU Domstolen i fremtiden vil inddrage konventionen og dermed overholde sin fortolkningspligt. For det første følger det af, at EU Domstolen plejer at følge praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som har været meget aktiv i sin anvendelse af FN's Handicapkonvention. Desuden er Chartret om Grundlæggende Rettigheds ophøjelse til traktatniveau et klart signal om øget fokus på diskriminationsbekæmpelse i EU.*

*Specialet behandler desuden handicapbegrebets udstrækning i dansk ret. Forskelsbehandlingslovens forarbejder bidrager ikke til en tydelig forståelse af begrebet, da der henvises til den kompensationsbestemte såvel som den miljøbestemte tilgang. Analysen af dansk nævns- og retspraksis efterlader ikke et tydeligt billede, men der anvendes dog overvejende et snævert medicinsk begreb, hvor fokus er på konstateringen af en funktionsnedsættelse frem for omgivelsernes reaktion herpå. Givet de danske domstoles restriktive tilgang, bliver det op til EU Domstolen at sikre, at begrebet bliver et integreret fællesskabsretligt begreb.*

## INDHOLDSFORTEGNELSEN

|                                                                                                     |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>1. Introduktion .....</b>                                                                        | <b>3</b> |
| 1.1 Indledning .....                                                                                | 3        |
| 1.2. Problemformulering .....                                                                       | 4        |
| 1.3. Metode, terminologi og afgrænsning .....                                                       | 4        |
| <b>2. Overstatlig regulering og praksis af betydning for fastlæggelse af handicapbegrebet .....</b> | <b>5</b> |
| 2.1 Beskæftigelsesdirektivet .....                                                                  | 5        |

|                                                                                                           |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.2 EU-Domstolens retspraksis .....                                                                       | 7         |
| 2.2.1 Navas-dommen .....                                                                                  | 7         |
| 2.2.1.1 Et fællesskabsretligt begreb .....                                                                | 8         |
| 2.2.1.2 Definition .....                                                                                  | 8         |
| 2.2.1.3 Afgrænsning af handicapbegrebet i forhold til sygdom .....                                        | 9         |
| 2.2.1.4 Handicapbegrebets tidsmæssige aspekt .....                                                        | 11        |
| 2.2.2 Coleman-dommen .....                                                                                | 12        |
| 2.2.2.1. Sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination .....                                      | 13        |
| 2.2.3 Analyse af EU-retspraksis .....                                                                     | 14        |
| 2.3 FN's Handicapkonvention .....                                                                         | 17        |
| 2.4 EU's og Danmarks ratifikation af FN's Handicapkonvention .....                                        | 19        |
| 2.5 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Unionens Charter om Grundlæggende rettigheder .....       | 23        |
| 2.5.1 Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol .....                                          | 23        |
| 2.5.1.1 Glor v. Switzerland .....                                                                         | 23        |
| 2.5.1.2 Alajos Kiss v. Hungary .....                                                                      | 24        |
| 2.5.1.3 Kiyutin v. Russia .....                                                                           | 25        |
| 2.5.1.4 Forholdet mellem Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis og EU-Domstolens praksis ..... | 26        |
| 2.5.2 Unionens Charter om Grundlæggende Rettigheder .....                                                 | 26        |
| 2.6 Delkonklusion .....                                                                                   | 27        |
| <b>3. Dansk regulering og praksis af betydning for fastlæggelse af handicapbegrebet .....</b>             | <b>28</b> |
| 3.1. Forskelsbehandlingsloven .....                                                                       | 28        |
| 3.2 Begrebets udstrækning i dansk nævns- og retspraksis .....                                             | 31        |
| 3.2.1 Vurderingstidspunkt .....                                                                           | 31        |
| 3.2.2 Sondringen mellem en objektiv og subjektiv handicapvurdering .....                                  | 33        |
| 3.2.3 Funktionsnedsættelse .....                                                                          | 34        |
| 3.2.4 Varighedskriterium .....                                                                            | 35        |
| 3.2.5 Kompensationsbehov .....                                                                            | 36        |
| 3.2.6 Delt bevisbyrde .....                                                                               | 38        |
| 3.2.7 "Bærere" af beskyttelseskriteriet .....                                                             | 41        |
| 3.2.7.1 Barnets plejebehov .....                                                                          | 41        |
| 3.2.7.2 Sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination .....                                       | 43        |
| 3.3 Delkonklusion .....                                                                                   | 44        |
| <b>4. Konklusion .....</b>                                                                                | <b>45</b> |
| <b>5. Kildefortegnelse .....</b>                                                                          | <b>46</b> |
| 5.1 Juridisk litteratur og artikler .....                                                                 | 46        |

|                                                       |    |
|-------------------------------------------------------|----|
| 5.2 Lovgivning, administrative forskrifter, m.m. .... | 52 |
| 5.3 Domsregister .....                                | 56 |
| 5.4 Forkortelser .....                                | 61 |

## 1. Introduktion

### 1.1 Indledning

Adgangen til beskæftigelse er af fundamental betydning for ethvert individ. Det er en måde at tjene til livets underhold på. Beskæftigelse er en væsentlig del af en persons selvrealisering og mulighed for at udnytte sit potentiale. For personer, der lider af et handicap, kan beskæftigelse ligeledes være af stor betydning for social integration i samfundet i forhold til personer uden et handicap.

Ifølge Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020 lider hver sjette person i EU af et handicap, der rangerer fra milde til svære grader.<sup>1</sup> Det betyder, at der er omkring 80 millioner mennesker, der har risiko for at være begrænset i at deltage fuldt ud i samfundslivet og samfundsøkonomien.<sup>2</sup> Af samme dokument fremgår, at fattigdomsraten for personer med et handicap, er 70 % procent højere end gennemsnittet, hvilket blandt andet skyldes begrænset adgang til arbejdsmarkedet.<sup>3</sup>

Dansk statistik fra 2005 viser, at 50,6 % af personer med handicap eller et længerevarende helbredsproblem var i arbejde sammenlignet med 77,4 % for personer uden handicap eller et længerevarende helbredsproblem.<sup>4</sup> Det er skønnet, at mennesker med handicap har 2-3 gange større sandsynlighed for at blive arbejdsløse og forblive arbejdsløse i længere perioder end resten af arbejdsstyrken, og diskrimination på arbejdspladsen er identificeret som en væsentlig medvirkende årsag hertil.<sup>5</sup>

Historisk set har indsatsen for handicappede været rettet mod foranstaltninger, der ofte har medført adskillelse fra det omgivende samfund som f.eks. institutionsanbringelse. I dag er det samfundets opgave at skabe social inklusion, og især siden 1990'erne har der været sat fokus på, at mennesker med handicap skal sikres lige muligheder i forhold til mennesker uden handicap.<sup>6</sup> Dette paradigmeskift er dog kun langsomt blevet omsat til retligt forpligtende standarder, og det var ikke før i 2006, at man indførte et forbud mod at diskriminere på grund af handicap på arbejdsmarkedet i Danmark.

Der er ikke nogen almindelig konsensus om begrebet handicap. Man kan ikke gå ud fra, at folk har ensartede holdninger til handicap – både forskellige erfaringer, identitet, samfundsmæssig position samt religiøsitet kan spille ind herpå.<sup>7</sup>

Der er tale om afvejning af hensyn, når man skal definere handicap i diskriminationslovgivning. Risikoen ved en klar og tydelig definition er, at man kommer til at ekskludere tilfælde, der burde være omfattet af beskyttelsen, og samtidig kommer til at skabe "positivlister", hvor specifikke lidelser automatisk fører til handicapstatus.<sup>8</sup> Et sådant statisk begreb vil eksempelvis ikke kunne

<sup>1</sup> Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020, s. 3

<sup>2</sup> Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020, s. 3

<sup>3</sup> Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020, s. 3

<sup>4</sup> Høgelund og Larsen, s. 14-15

<sup>5</sup> Kommissionens forslag til beskæftigelsesdirektivet, s. 4

<sup>6</sup> Bengtsson, Bonfils og Olsen, s. 53

<sup>7</sup> Bengtsson, Bonfils og Olsen, s. 121

<sup>8</sup> Schulze, s. 36

følge i takt med hverken samfundsmæssig eller lægefaglig udvikling. Det er da heller ikke i juridisk teori tilsigtet at tilvejebringe en statisk juridisk definition.<sup>9</sup>

Hvis man vælger at udelade en definition eller formulere den meget vagt, løber man imidlertid den risiko, at selve formålet med reguleringen ikke opfyldes. Det kan blive resultatet, hvis der eksisterer en for utydelig beskrivelse af, hvad der er beskyttet, og hvem der er beskyttet.<sup>10</sup> En yderligere risiko ved at undlade en definition i overstatlig regulering ville være, at det blev overladt til de nationale retssystemer at definere begrebet. Da flere lande opererer med et meget snævert handicapbegreb og dermed mindre beskyttelse, ville det ikke være i overensstemmelse med reguleringens formål.<sup>11</sup>

## 1.2. Problemformulering

Specialet har som overordnet formål at redegøre for og analysere forskelsbehandlingslovens handicapbegreb i et dansk, EU-retligt og folkeretligt perspektiv. Som delformål har specialet for øje at redegøre og analysere for begrebet på et overstatligt niveau, hvilket vil omfatte relevante EU- og folkeretlige retskilder samt analysere sammenspillet mellem reguleringsniveauerne. Specialet har yderligere til delformål at skabe overblik over begrebets udstrækning i dansk ret, hvilket vil omfatte en analyse af den danske lovgivning samt foreliggende nævns- og retspraksis.

## 1.3. Metode, terminologi og afgrænsning

Der anvendes en retsdogmatisk metode i specialet, hvorved forstås en systematisering og analyse af gældende ret ved hjælp af retskilder. Metoden beskrives som intern i modsætning til en ekstern synsvinkel, hvor rettens virkninger bliver analyseret ud fra en mere empirisk fremgangsmåde.<sup>12</sup> Det falder inden for retsdogmatisk metode at undersøge og klarificere begreber og principper i gældende ret.<sup>13</sup> Nærværende speciale har netop til formål at undersøge begrebet "handicap", og målet er at komme begrebets afgrænsning nærmere med det formål at tydeliggøre retstilstanden for lovgivningens pligt- og rettighedssubjekter. Enkelte steder vil specialet indeholde betragtninger, der formentlig kan placeres i grænseområdet mellem en retsdogmatisk og retspolitisk analyse. Disse betragtninger er inddraget af hensyn til, at retspraksis går i forskellige retninger, og at udviklingen af handicapbegrebet stadig befinder sig på et tidligt stadium.

Der inddrages i et vist omfang uddrag af afgørelser, regulering samt juridisk litteratur. Der citeres udelukkende på autoritative sprog fra de pågældende kilder. Det betyder, at der som udgangspunkt citeres på dansk, når der er tale om danske og EU-retlige kilder, på engelsk i forbindelse med FN's Handicapkonvention og engelsk eller fransk i henvisninger til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Det er valgt at lade udelade visse problemstillinger i gennemgangen af den danske nævns- og retspraksis, herunder arbejdsgivers pligt til at træffe passende foranstaltninger for personer med handicap i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a og godtgørelsessanktionen i forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1. Det er sket ud fra et ønske om en mere tilbundsående analyse af de særskilte kriterier i handicapbegrebet, bevismæssige spørgsmål og problemstillinger, som har relation til EU-Domstolens retspraksis.

Da EU-retspraksis er sparsom på området, inddrages i et videre omfang generaladvokaternes forslag til afgørelse. Om end en generaladvokats forslag til afgørelse ikke har bindende virkning,

---

<sup>9</sup> Frederiksen og Krarup, s. 32-33; Justesen, s. 303

<sup>10</sup> Schulze, s. 40

<sup>11</sup> Schulze, s. 36

<sup>12</sup> Neergaard og Nielsen, s. 110

<sup>13</sup> Nielsen 2010, s. 56

kan og bør udtalelsen dog indgå i afklaring af sådanne forhold, som EU-Domstolen har valgt ikke at komme ind på, og hvor EU-Domstolens holdning på området derfor er usikker.<sup>14</sup>

Det kan diskuteres, hvorvidt man skal anvende terminologien *forskelsbehandling eller diskrimination*. Forskelsbehandling kan både være positiv og negativ, lovlig og ulovlig.<sup>15</sup> Begrebet diskrimination er mere præcist i forskelsbehandlingslovens kontekst, da sigtet med loven er at forbyde negativ forskelsbehandling, og det har i dansk retsteori været anført, at man burde have benyttet begrebet diskrimination i stedet for forskelsbehandling.<sup>16</sup> Da specialet har for øje at klarificere handicapbegrebet i forhold til negativ forskelsbehandling, er det valgt at anvende begrebet diskrimination kontinuerligt.

Jeg vil i specialet benytte mig af korthenvisninger til juridisk litteratur, retsakter og afgørelser, hvorfor der henvises til kildefortegnelsen bagest i specialet for en fyldestgørende henvisning.

## 2. Overstatlig regulering og praksis af betydning for fastlæggelse af handicapbegrebet

EU bygger på princippet om den tildelte kompetence, hvorfor EU kun kan handle inden for rammerne af de beføjelser, som er fastlagt ved EU-traktaterne.<sup>17</sup> Unionens beføjelse til at vedtage retsakter til bekæmpelse af handicapdiskrimination bygger på art. 19 TFEU. Der findes mange EU-regler af betydning for handicappede, hvoraf EU's beskæftigelsesdirektiv<sup>18</sup> (herefter "Direktivet") er den vigtigste enkeltregel.<sup>19</sup> Det er blevet anført, at et af de mest presserende spørgsmål vedrørende personer med handicap er at skabe klarhed over definitionen af den beskyttede personkreds – altså at finde ud af, hvem der er at betegne som handicappet i Direktivets forstand.<sup>20</sup> Af betydning i en EU-retlig sammenhæng er endvidere Unionens Charter om Grundlæggende Rettigheder (herefter "Chartret"), som ligeledes indeholder et forbud mod handicapdiskrimination.

Med EU's ratifikation af FN's Handicapkonvention (herefter "Konventionen") kan EU-retten dog ikke stå alene. At forstå forholdet til Konventionens handicapbegreb er en nødvendig forudsætning for at kunne skabe klarhed over hvilken personkreds, der nyder beskyttelse mod diskrimination på grund af handicap.

### 2.1 Beskæftigelsesdirektivet

Forbuddet mod handicapdiskrimination bygger ikke på årelange traditioner i EU-regi. Det var først i midten af 1990'erne, at tilgangen til beskyttelse af personer med handicap ændredes. Man havde hidtil opereret med et fokus på, at handicappede skulle kompenseres med velfærdsydelse, men man skiftede her til et rettighedsperspektiv med mål om, at personer med handicap skulle sikres lige muligheder.<sup>21</sup> EU fandt blandt andet inspiration i amerikansk ret, der indførte "Americans with Disabilities Act" i 1990.<sup>22</sup>

---

<sup>14</sup> Fenger og Broberg, s. 319-320

<sup>15</sup> Justesen, s. 303

<sup>16</sup> Nielsen 2010, s. 269. De engelsk- og fransksprogede udgaver af beskæftigelsesdirektivet bruger også ordet diskrimination

<sup>17</sup> Nielsen 2010, s. 92

<sup>18</sup> 2000/78/EF

<sup>19</sup> Nielsen 2012, s. 408

<sup>20</sup> Justesen, s. 303; Waddington og Lawson, s. 14

<sup>21</sup> Quinn og Doyle, s. 69

<sup>22</sup> Quinn og Doyle, s. 69

Det var først ved Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse i 1999, at EU positivt fik kompetence til at vedtage retsakter vedrørende diskrimination på grund af handicap.<sup>23</sup> Med hjemmel i art. 13 EF<sup>24</sup> var Direktivet vedtaget cirka et år senere, den 27. november 2000. På det tidspunkt var der kun tre medlemslande, der forbød diskrimination på grund af handicap på arbejdsmarkedet, og vedtagelsen af Direktivet medførte således en væsentlig forbedring af handicappedes rettigheder.<sup>25</sup>

Direktivets formål er at bekæmpe alle former for diskrimination på arbejdsmarkedet. Art. 1 oplister de forskellige beskyttelseskriterier:

*"Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering."*

Direktivet indeholder imidlertid hverken en definition af begrebet "handicap" eller retningslinjer for, hvordan begrebet skal fortolkes. Det er normal praksis i EU at undlade klare begrebsdefinitioner, når reguleringen vedrører diskriminationsforbud.<sup>26</sup>

Begrebet "forskelsbehandling" er anvendt på samme måde som i øvrige direktiver.<sup>27</sup> Forbuddet mod diskrimination omfatter både direkte og indirekte diskrimination samt chikane og instruktion.<sup>28</sup>

Direktivets anvendelsesområde er fastlagt i art. 3. Direktivet finder anvendelse i både den offentlige og private sektor på alle personer og regulerer en række ansættelsesretlige dispositioner, heriblandt afskedigelse, ansættelse og lønvilkår.<sup>29</sup>

Direktivet indeholder en for dansk ret hidtil ukendt forpligtelse til at yde "tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang".<sup>30</sup> Forpligtelsen pålægger en arbejdsgiver (herefter "AG") at træffe de foranstaltninger, som er hensigtsmæssige i den konkrete situation, således at den handicappede sikres sin adgang til fortsat at varetage sit job, at blive forfremmet på lige fod med andre og lignende. Såfremt AG ikke overholder denne pligt, er der tale om en overtrædelse af forbuddet mod diskrimination, og tilpasningsforpligtelsen skal ikke ses som en form for positiv særbehandling.<sup>31</sup>

Direktivet har en omfattende præambel, som ligeledes skal tages i betragtning. Præambelen er en vigtig kilde i fortolkningen af Direktivets bestemmelser.<sup>32</sup>

Præambelens betragtning 17:

*"Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbin-*

---

<sup>23</sup> Nielsen 2010, s. 92

<sup>24</sup> Nu art. 19 TFEU

<sup>25</sup> Waddington og Lawson, s. 10

<sup>26</sup> Waddington og Lawson, s. 14

<sup>27</sup> Det etniske ligebehandlingsdirektiv, art. 2; Kønsligestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenester, art. 4

<sup>28</sup> Direktivet, art. 2, stk. 1-4

<sup>29</sup> I den verserende sag C-152/11, "Odar", har Generaladvokat Sharpston i sit forslag til afgørelse anset en socialplan, som omfattet af direktivets anvendelsesområde, da den vedrørte ansættelsesvilkår, især afskedigelse og løn, jf. pr. 32

<sup>30</sup> Direktivet, art. 5

<sup>31</sup> Nielsen 2009, s. 432

<sup>32</sup> Andersen, Nielsen og Precht, s. 43. Rækkevidden af en præambels betydning er dog omdiskuteret, se Neergaard og Nielsen, s. 126

*delse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.” (min fremhævelse)*

Personer med handicap skal derfor opfylde de almindelige og formelle krav til et job, og de nyder ikke beskyttelse mod afskedigelse, hvis årsagen er, at disse krav ikke er opfyldt. Personer med handicap må dog ikke stilles ringere på grund af deres handicap.<sup>33</sup> Direktivet bidrager ikke herudover til afgrænsningen af begrebet handicap.

Desuden er Direktivet blevet gennemført og implementeret på mange forskellige måder i medlemslandene; både med hensyn til kredsen af de beskyttede i forhold til henholdsvis diskrimination og passende foranstaltninger samt selve definitionen på de passende foranstaltninger. I Kommissionens forslag til beskæftigelsesdirektivet anførtes det, at valget af rammedirektiv – som formen for den EU-retlige regulering på dette område – var udtryk for et ønske om at overlade medlemslandene handlefrihed i forhold til implementeringen.<sup>34</sup> Der var varierende politiske prioriteringer og ønsker i medlemslandene, hvorfor Direktivet var formuleret bredt for at tage højde for de forskelligartede vilkår.<sup>35</sup> Dette har imidlertid også medført, at niveauet af beskyttelse varierer inden for EU's medlemslande.<sup>36</sup>

## 2.2 EU-Domstolens retspraksis

Indtil videre har EU-Domstolen (herefter ”Domstolen”) haft anledning til at udtale sig om Direktivets handicapbegreb i forbindelse med to afgørelser, *Navas*<sup>37</sup> og *Coleman*.<sup>38</sup> Det var henholdsvis en spansk og engelsk national domstol, som med hjemmel i art. 234 EF,<sup>39</sup> stillede Domstolen en række præjudicielle spørgsmål. I de to danske sager, *Ring* og *Werge*,<sup>40</sup> har Højesteret og Sø- og Handelsretten tillige besluttet, at der skal stilles Domstolen præjudicielle spørgsmål.<sup>41</sup> *Navas* vil blive behandlet umiddelbart nedenfor i afsnit 2.2.1, og *Coleman* dernæst i afsnit 2.2.2.

### 2.2.1 Navas-dommen

*Navas* handlede om en afskedigelse af en kvinde, Sonja Navas, som på tidspunktet for afskedigelsen havde været sygemeldt i knap otte måneder. Den forelæggende ret lagde til grund, at da afskedigelsen ikke var ledsaget af grunde, var afskedigelsen begrundet i hendes sygdom alene.<sup>42</sup> Domstolen blev bedt om at tage stilling til, hvorvidt en afskedigelse alene begrundet i sygdom var udtryk for diskrimination på grund af handicap.<sup>43</sup> Det var ikke oplyst, hvilken sygdom det drejede sig om, men blot at der var tale om lægeordineret sygeorlov.<sup>44</sup> Af Generaladvokat (herefter ”GA”) Geelhoeds forslag til afgørelse fremgår desuden, at kvinden ventede på en operation.<sup>45</sup>

---

<sup>33</sup> *Justesen*, s. 308

<sup>34</sup> Kommissionens forslag til beskæftigelsesdirektivet, s. 7

<sup>35</sup> Kommissionens forslag til beskæftigelsesdirektivet, s. 7

<sup>36</sup> *Waddington og Lawson*, s. 10

<sup>37</sup> C-13/05

<sup>38</sup> C-303/06

<sup>39</sup> Nu art. 267 TFEU

<sup>40</sup> Verserende C-335/11 og C-337/11

<sup>41</sup> U 2010.2125 H; SHK 24/08-09 (F-0013-06); SHK 24/08-09 (F-0019-06). Generaladvokatens forslag til afgørelse forventes den 6. december 2012, som ligger efter dette speciales indlevering. Se i øvrigt afsnit 3.2.5.

<sup>42</sup> Pr. 20

<sup>43</sup> Pr. 35

<sup>44</sup> Pr. 17

<sup>45</sup> GA Geelhoed, pr. 21

### 2.2.1.1 Et fællesskabsretligt begreb

Det bliver i *Navas* fastslået, at Direktivets handicapbegreb er *et autonomt EU-retligt begreb* og skal fortolkes som sådant.<sup>46</sup> Begrundelsen herfor er kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten samt lighedsprincippet, som indebærer, at når Direktivet ikke henviser til medlemslandenes nationale retssystemer, skal begrebet undergives en selvstændig og ensartet EU-retlig fortolkning. Ved denne fortolkning skal bestemmelsens kontekst og formål tages i betragtning. Domstolen har anvendt denne praksis i flere tidligere domme, heriblandt *Ekro*<sup>47</sup> og *Kommissionen mod Spanien*,<sup>48</sup> hvortil *Navas* henviser.<sup>49</sup>

Direktivet er et minimumsdirektiv,<sup>50</sup> og det står derfor medlemslandene frit at definere handicapbegrebet, således at personer med handicap nyder større beskyttelse end efter Direktivet – eller at anvende en bredere definition af handicap, således at en større kreds af personer nyder beskyttelse end efter Direktivet.<sup>51</sup>

*Waddington* har anført, at henvisningen til "ensartet fortolkning" på EU-niveau kan skabe usikkerhed i lande med en forskellig eller bredere beskyttelse.<sup>52</sup> Domstolens bemærkning kunne fortolkes som et krav om en mere indskrænkende fortolkning i visse tilfælde end efter et lands gældende nationale ret. Direktivets forbud mod at forringe det eksisterende beskyttelsesniveau<sup>53</sup> samt Direktivets karakter af minimumsdirektiv ville imidlertid blive undermineret ved en sådan fortolkning. Det bør således stå medlemslandene frit for at udvikle eller blot opretholde standarder, der afviger fra EU-rettens.<sup>54</sup>

### 2.2.1.2 Definition

Domstolen udtaler i *Navas*, at sygdom og handicap er to adskilte begreber, og at man i Direktivet bevidst har valgt at benytte begrebet handicap.<sup>55</sup> Domstolen er dog mere forsigtig i forhold til at definere selve handicapbegrebet. Der udstikkes retningslinjer for fortolkningen, men en endelig og klar definition er der ikke tale om – muligvis som følge af GA Geelhoeds opfordring til at vægre sig herimod.<sup>56</sup>

Dommens præmis 43 lyder

*"I denne sammenhæng skal begrebet »handicap« forstås således, at det omfatter en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet."*

Domstolen henviser i dommen til relevant lovgivning for afgørelsen. Domstolen henviser bl.a. til Rådets Resolution om Lige Beskæftigelsesmuligheder 1999<sup>57</sup> og til Fællesskabspagten om Arbejdstagernes Grundlæggende Arbejdsmarkedsmæssige og Sociale Rettigheder. Der findes imidlertid ingen definition af handicap i disse to retsakter.

---

<sup>46</sup> Pr. 42

<sup>47</sup> C-327/82, pr. 11

<sup>48</sup> C-323/03, pr. 32

<sup>49</sup> Pr. 40

<sup>50</sup> Direktivet, art. 8, stk. 1

<sup>51</sup> *Frederiksen og Krarup*, s. 28, fn. 40

<sup>52</sup> *Waddington 2007*, s. 494

<sup>53</sup> Direktivet, art. 8, stk. 2

<sup>54</sup> *Waddington 2007*, s. 496

<sup>55</sup> Pr. 44; Behandles nærmere i afsnit 2.2.1.3

<sup>56</sup> GA Geelhoed, pr. 67

<sup>57</sup> 1999/C 186/02



Domstolen henviser yderligere til Direktivets præambel betragtning 27. Her henvises til Rådets Henstilling om Beskæftigelsen af Handicappede i Fællesskabet,<sup>58</sup> hvis præambel lyder

*"... ved "handicappede" forstås i denne henvisning alle personer med alvorlige handicaps, som skyldes en fysisk, mental eller psykologisk funktionshæmning;"*<sup>59</sup>

Det er værd at bemærke, at GA Geelhoed i sit forslag til afgørelse lægger den formulering til grund, som er angivet her i Rådets henstilling.<sup>60</sup>

Domstolen vælger dog en udvidet begrebsdannelse i forhold til Rådets henstilling, idet der ikke skelnes mellem "alvorlige" og andre grader af handicap. Betydningsfuldt er det dog især, at Domstolen vælger at knytte funktionshindringen til den begrænsning, som funktionshindringen kan medføre i forhold til deltagelse i erhvervslivet. Desuden tilføjer Domstolen et tidsmæssigt aspekt til begrebet.

Handicapbegrebet, som Domstolen introducerer i *Navas*, består samlet set af tre kumulative elementer:<sup>61</sup>

- a. Der skal være en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske funktionsnedsættelser
- b. Begrænsningen hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet
- c. Det må være sandsynligt, at begrænsningen vil vare i lang tid

Nedenfor behandles afgrænsningen af begrebet i forhold til sygdom, hvilket berører de to førstnævnte kriterier. I afsnit 2.2.1.4 behandles det tredje kriterium, som angår begrebets tidsmæssige aspekt.

### **2.2.1.3 Afgrænsning af handicapbegrebet i forhold til sygdom**

Den spanske domstol, som var forelæggende ret i *Navas*, stillede to præjudicielle spørgsmål til Domstolen. De behandles her i omvendt rækkefølge.

Den forelæggende ret stillede Domstolen det spørgsmål, om sygdom kunne kvalificere som et yderligere, selvstændigt beskyttelseskriterium i Direktivet. Domstolen afviste, at sygdom kunne tilføjes til listen, da der end ikke var hjemmel hertil i EF-traktaten, og afviste yderligere, at Direktivets udtømmende liste over kriterier kunne udvides ved en analogifortolkning.<sup>62</sup>

Den forelæggende ret i *Navas* stillede desuden spørgsmålet, om hvorvidt Direktivets beskyttelse mod afskedigelse begrundet i handicap også omfatter afskedigelse udelukkende begrundet i arbejdstagerens (herefter "AT"ens) sygdom.<sup>63</sup> Hvor det første spørgsmål angik sygdom som et selvstændigt beskyttelseskriterium, angik det andet spørgsmål, om en sygdomsramt AT kunne anses som rettighedssubjekt i forhold til beskyttelseskriteriet handicap. Rationalet bag spørgsmålet synes at bygge på et synspunkt om kausalitet. Sygdom kan udvikle sig til en funktionsnedsættelse, som begrænser den pågældende, således at der bliver tale om et handicap. Den mulighed opstår allerede i det øjeblik, hvor en AT rammes af en sygdom. Den forelæggende ret indtog det syns-

---

<sup>58</sup> 86/379/EØF

<sup>59</sup> Præambelen, betr. 4

<sup>60</sup> GA Geelhoed, pr. 76

<sup>61</sup> *Gerards*, s. 137

<sup>62</sup> Pr. 53-57

<sup>63</sup> Pr. 25, stk. 1

punkt, at beskyttelsen derfor burde indtræde rettidigt, hvis beskyttelsen skulle leve op til Direktivets formål.<sup>64</sup>

Domstolen besvarede den forelæggende rets spørgsmål benægtende i præmis 44:

*"Lovgiver har dog, ved anvendelsen af begrebet »handicap« i direktivets artikel 1, bevidst valgt et udtryk, der adskiller sig fra »sygdom«. En umiddelbar sidestilling af de to begreber er derfor udelukket."*

Domstolen præciserede i præmis 46, at

*"Direktiv 2000/78 indeholder ingen angivelse af, om arbejdstagerne er beskyttet af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, allerede når en sygdom indtræder."*

Domstolens formulering i denne præmis forekommer mere nuanceret i den engelske version, som her medtages, da formuleringen åbner op for interessante betragtninger.

*"There is nothing in Directive 2000/78 to suggest that workers are protected by the prohibition of discrimination on grounds of disability as soon as they develop **any type of sickness**."* (min fremhævelse)

Domstolen fastslår, at sygdom er at afgrænse fra handicap, hvor det sidste begreb er beskyttet af Direktivet, mens det første ikke – i hvert fald automatisk – er.<sup>65</sup> Ved at anvende formuleringen "any type of sickness" har Domstolen dog ikke afvist, at *nogle* sygdomme vil kunne være omfattet af beskyttelsen på et tidligere stadium. At sygdom kan indebære et handicap eller senere udvikle sig til et handicap, er Domstolen ikke afvisende over for<sup>66</sup> – men Domstolen afviser blot, at der allerede ved en hvilken som helst sygdoms indtræden er tale om handicap. Det kommer ikke frem i dommens danske oversættelse. Dommen bidrager således ikke til en klarere positiv definition af handicapbegrebet, men derimod til en negativ afgrænsning.<sup>67</sup>

Det er hævdet, at Domstolen anlægger en simplificeret tilgang til begrebet sygdom i *Navas*.<sup>68</sup>

Man kan tage GA Geelhoed til indtægt for en begrebsdannelse med flere nuancer. På linje med Domstolen betragter GA Geelhoed ikke sygdom i sig selv som et beskyttelseskriterium, men der bør i Direktivet indlæses et forbehold for den situation, at en sygdom medfører langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, så det også bliver at betegne som handicap uanset den fortsat bestående sygdom.<sup>69</sup> Eksempler herpå kunne være kræft, diabetes eller depression.<sup>70</sup> GA'ens forslag illustrerer her en modifikation til udgangspunktet i *Navas*, som muligvis vil kunne "aktivere" i fremtidig retspraksis.

Med formuleringen "udelukkende på grund af sygdom" i præmis 47 har Domstolen imidlertid ikke udelukket en fremtidig udvikling i retning af GA'ens modifikation:

*"... en person, der er blevet afskediget af sin arbejdsgiver **udelukkende på grund af sygdom**, ikke er omfattet af den generelle ramme, der er fastlagt ved [Direktivet] ..."* (min fremhævelse)

---

<sup>64</sup> Pr. 23

<sup>65</sup> FRA Report, s. 16

<sup>66</sup> Justesen, s. 309

<sup>67</sup> Greisen 2008, s. 173

<sup>68</sup> Waddington 2007, s. 493

<sup>69</sup> GA Geelhoed, pr. 79-80 og 85

<sup>70</sup> Waddington 2007, s. 493

En afskedigelse begrundet i en sygdom, som har medført langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, vil kunne være dækket af Direktivets beskyttelse, da begrundelsen i så fald går på "mere" end blot sygdommen.<sup>71</sup>

Det skal dog bemærkes, at Domstolen ikke anvender en stare-decisis doktrin. Doktrinen indebærer, at en domstols afgørelser er bindende præjudikater for domstolens fremtidige afgørelser.<sup>72</sup> Det står således Domstolen frit for at modificere eller udvikle sin tidligere praksis.

Som nævnt, forelå der ikke detaljerede oplysninger om sygdomsbilledet i *Navas*. Domstolen var derfor ikke nødsaget til og fandt ikke anledning til at udtale sig nærmere om det krydsfelt, der eksisterer mellem begreberne sygdom og handicap. Forelagt en sag, der relaterer sig specifikt til et tilfælde af sygdom, som har medført langvarig eller permanent funktionsnedsættelse, er det derfor ikke usandsynligt, at Domstolen vil lade et sådant tilfælde omfatte af handicapbegrebet.

#### **2.2.1.4 Handicapbegrebets tidsmæssige aspekt**

Domstolen opstillede i *Navas* et krav om tidsmæssig udstrækning, for at en funktionsnedsættelse vil kunne defineres som handicap. Den tidsmæssige udstrækning er eksempelvis forudsat i Direktivets krav om passende foranstaltninger,<sup>73</sup> da EU-lovgiver har forestillet sig situationer, hvor AT'ere uden de rette foranstaltninger ville være afskåret eller begrænset i sin erhvervsdeltagelse over en lang periode.<sup>74</sup>

Domstolen udtalte i præmis 45:

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

Oversættelsen på dansk er unøjagtig, og andre sproglige versioner forekommer mere tydelig med hensyn til tidsaspektet. Domstolens interne arbejdsprog er fransk, og man kan derfor gå ud fra, at samtlige medvirkende dommere har ønsket at udtrykke det, som den franske version dikterer, hvorimod det er mere uklart for så vidt angår de andre sproglige versioner.<sup>75</sup>

Den franske udgave af *Navas'* præmis 45:

*"Pour que la limitation relève de la notion de «handicap», il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée."* (min fremhævelse)

Derudover kan en sammenligning af den danske udgave med de store sprog i EU lade andre forståelsesnuancer træde frem i et mere tydeligt lys.<sup>76</sup> I den engelske, tyske og spanske version<sup>77</sup> er ordvalget henholdsvis "probable", "wahrscheinlich" og "probabilidad". Udgangspunktet for den juridiske fortolkning af en dom fra Domstolen er en naturlig sproglig forståelse.<sup>78</sup>

Samlet set er de andre sproglige versioner udtryk for en sandsynlighedsbetragtning frem for en mulighedsbetragtning og tydeliggør, at det tidsmæssige aspekt er et krav, der skal opfyldes. Den danske oversættelse burde derfor have gjort klart, at Domstolen opstiller *et krav* om, at det skal

---

<sup>71</sup> Waddington 2007, s. 494

<sup>72</sup> Neergaard og Nielsen, s. 157

<sup>73</sup> Direktivet, art. 5

<sup>74</sup> Navas, pr. 45

<sup>75</sup> Nielsen og Tvarnø, s. 212

<sup>76</sup> Nielsen og Tvarnø, s. 212

<sup>77</sup> Dommens processprog var spansk

<sup>78</sup> Nielsen og Tvarnø, s. 213

være *sandsynligt*, at tilstanden vil vare i lang tid. Den sproglige diskrepans ses da også at have ført til enkelte misforståelser i dansk retsteori.<sup>79</sup>

Da der skal være tale om en langvarig tilstand, er det ikke muligt at være korttidshandicappet.<sup>80</sup> Det kan endvidere udledes af *Navas*, at kravet går på, at lidelsen har en langvarig udstrækning, men ikke nødvendigvis permanent.<sup>81</sup>

### 2.2.2 Coleman-dommen

*Coleman* handlede hovedsageligt om, hvorvidt Direktivets beskyttelse kunne udstrækkes til at omfatte andre personer end dem, der selv lider af et handicap. Omdrejningspunktet adskilte sig derfor væsentligt fra *Navas*. I *Coleman* var det ikke selve handicapbegrebet, der var genstand for prøvelsen, men derimod afgrænsningen af Direktivets retssubjekter. Spørgsmålet var, om en AT kunne nyde beskyttelse på grund af *sin tilknytning* til en person med et handicap.

En kvinde, Ms. Coleman, fratrådte frivilligt sin stilling som advokatsekretær i 2005, hvor hun da havde været ansat i lidt over fire år.<sup>82</sup> Hun havde under ansættelsen født en søn, der led af apnø og en arvelig strube- og bronkiemalacia. Sønnen krævede særlig pleje, og Ms. Coleman var sønnens primære plejer.<sup>83</sup> Ms. Coleman anlagde sag mod hendes tidligere AG, en partner i advokatfirmaet, med påstand om, at hun havde været udsat for diskrimination og chikane på grund af sin søns handicap. De faktuelle omstændigheder var ikke efterprøvet af de nationale retsinstanser, så det var Ms. Colemans beskrivelser, Domstolen bedømte sagen på baggrund af.<sup>84</sup> Begrundelsen herfor var, at Ms. Coleman ikke ville have haft mulighed for at få medhold efter national ret, såfremt Domstolen ville afvise at udstrække Direktivets anvendelsesområde til andre personer end dem, der selv lider af et handicap.

Domstolen lagde derfor oprøvet til grund, at AG'en bl.a. havde afvist Ms. Coleman at genindtræde i sit daværende job efter endt barselsorlov og ikke givet hende fleksibilitet i forhold til at indrette sin arbejdstid. Disse og flere forhold var kun rettet mod Ms. Coleman og ikke mod hendes kolleger med ikke-handicappede børn. Det var derfor forbuddet mod direkte diskrimination samt chikane, der var sagens retlige genstand.

Domstolen kom frem til, at forbuddet mod direkte diskrimination ikke er begrænset til de personer, der selv lider af et handicap.<sup>85</sup> Når en AG behandler en AT dårligere end en anden AT ville blive i en sammenlignelig situation, og når det er godtgjort, at den ringere behandling er grundet AT'ens barns handicap, hvis pleje hovedsageligt er ydet af AT'en, så er det i strid med forbuddet mod direkte diskrimination.<sup>86</sup>

I sin analyse lægger Domstolen bl.a. vægt på definitionen af ligebehandling som angivet i Direktivets art. 2, stk. 1:

*"I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde."*

<sup>79</sup> Justesen, s. 308, som anfører, at Domstolens handicapbegreb ikke omfatter et varighedskriterium

<sup>80</sup> Nielsen 2012, s. 412

<sup>81</sup> Schwarz og Hartmann, s. 261

<sup>82</sup> Fratrædelsesformen hedder på engelsk "voluntary redundancy", pr. 21

<sup>83</sup> Pr. 20

<sup>84</sup> Pr. 26

<sup>85</sup> Pr. 38

<sup>86</sup> Pr. 64, stk. 1

Efter en ordlydsfortolkning er Direktivets ligebehandlingsprincip ikke personelt begrænset, jf. "ingen", og henset til at diskrimination kan udmønte sig på flere måder eller antage varierende former, bør enhver form være omfattet, jf. "nogen form for".

Modsat relaterer flere af Direktivets bestemmelser sig udelukkende til folk, der selv lider af et handicap.<sup>87</sup> Overskriften til art. 5 om forpligtelsen til at foretage rimelige foranstaltninger er eksempelvis *"Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang"*.<sup>88</sup>

Domstolen konkluderer, at selvom nogle bestemmelser i Direktivet relaterer sig udelukkende til personer med et handicap, bør dette ikke føre til, at selve ligebehandlingsprincippet undergives en restriktiv fortolkning med den konsekvens,<sup>89</sup> at forbuddet mod direkte diskrimination udelukkende gælder for personer med et handicap.<sup>90</sup>

### **2.2.2.1. Sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination**

Man kan diskutere, om beskyttelsen af "tilknyttede" personer kun gælder i tilfælde af direkte diskrimination eller også vil kunne blive påberåbt i tilfælde af indirekte diskrimination.

Domstolens konklusion i præmis 64, stk. 1 udtaler sig kun om direkte diskrimination. Dette er et vægtigt argument for, at Domstolen med sin formulering bevidst valgte ikke at inkludere begge former for diskrimination i konklusionen. På den anden side omhandlede den forelagte sag ikke et tilfælde af indirekte diskrimination, og man kan forestille sig, at Domstolen ikke ønskede at udtale sig om mere end påkrævet.

Domstolens præmis 38 forekommer essentiel som argument for en udvidende fortolkning, da der ikke sondres mellem de to former for diskrimination, men blot refereres til det overordnede begreb ligebehandling. Domstolen udtrykker i denne præmis sit udgangspunkt for prøvelsen og refererer flere gange tilbage til indholdet af denne præmis.<sup>91</sup>

*"Det ligebehandlingsprincip, som er fastsat i direktivet inden for dette område, gælder således ikke for en bestemt persongruppe, men finder anvendelse af de grunde, som er nævnt i direktivets artikel 1."*

Af yderligere omstændighed kan anføres, at Domstolen finder, at forbuddet mod chikane på grund af handicap ikke er forbeholdt personer, der selv lider af et handicap. Domstolen begrundede dette med, at chikane må anses som en af de former for diskrimination, som er udtrykt i Direktivets art. 2, stk. 1. Da indirekte diskrimination utvivlsomt er omfattet af diskriminationsbegrebet i art. 2, stk. 1, bør Domstolens valgte formulering kunne anvendes som argument for at lade beskyttelsen strække sig til situationer, hvor der er sket indirekte forskelsbehandling af en person på grund af dennes tilknytning til en person med et handicap.<sup>92</sup>

I sit forslag til afgørelse gør GA Maduro sig imidlertid betragtninger, der kunne tale for ikke at lade beskyttelsen gå videre end de i *Coleman* omhandlede former for diskrimination.

GA'en anfører, at der er forskel på kendetegnene ved direkte diskrimination og chikane set i forhold til indirekte diskrimination. Handicap er indgået som en integreret del af beslutningen i

---

<sup>87</sup> Pr. 39

<sup>88</sup> Pr. 39

<sup>89</sup> Den engelsksprogede version af dommen anvender udtrykket "that is", hvilket i den danske version er oversat med "og", men det bør ud fra en forståelse af ordvalget i denne konkrete kontekst forstås som "det vil sige"/"med den konsekvens"

<sup>90</sup> Pr. 43

<sup>91</sup> Se pr. 47 og 50 samt det indledende domsresumé

<sup>92</sup> Med samme argumentation kan man anføre, at forbuddet mod "instruktions"-diskrimination som nævnt i art. 2, stk. 4 vil kunne udstrækkes til personer, der bliver diskrimineret på grund af deres tilknytning

førstnævnte diskriminationsformer. Forbuddet mod indirekte diskrimination sigter derimod til den diskriminerende virkning af en umiddelbart neutral bestemmelse, som AG kan have nok så gode intentioner med.<sup>93</sup> Det er den forskel i *indvirkning* på personer med særlige karakteristika, som man vil ramme. I den optik er AG's intentioner uden betydning, eller i hvert fald ikke formålet med forbuddet.

Forbuddene mod henholdsvis direkte diskrimination og chikane har ekskluderende virkning, hvilket vil sige, at man udelukker de grunde, hvorpå en AG kan bygge sin beslutning. Indirekte diskrimination har modsat en inkluderende virkning, hvor man pålægger AG at afbøde virkningerne af, at personer har særlige karakteristika.<sup>94</sup>

GA Maduro vælger ikke at drage konklusioner på baggrund af betragtningerne, men argumentationen for en indskrænkende fortolkning er nærliggende. Domstolen vælger at udstrække beskyttelsen til tilknyttede personer, da det er *grundene* til diskrimination, der er forbudte.<sup>95</sup> Formålet med forbuddene mod direkte diskrimination og chikane er netop, at man vil ekskludere, at disse grunde indgår i AG's beslutning. Forbuddet mod indirekte diskrimination har dog et andet sigte, og *grundene* til ringere behandling har været neutrale og objektive, og AG har ikke nødvendigvis haft dårlige intentioner.<sup>96</sup>

Udvidelsen til tilfælde af indirekte diskrimination forekommer derfor ikke oplagt ud fra en formålsfortolkning af sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination.

### 2.2.3 Analyse af EU-retspraksis

Det handicapbegreb, som Domstolen anlægger i *Navas*, tager sit udgangspunkt i, at der er en funktionsnedsættelse, og at denne hænger kausalt sammen med de forhindringer, den handicappede oplever i deltagelsen på arbejdsmarkedet. Domstolens definition er udtryk for *en medicinsk tilgang* til begrebet, hvor der tages udgangspunkt i den konstaterede funktionsnedsættelse.<sup>97</sup> Det er individets begrænsning, der hindrer deltagelsen på arbejdsmarkedet – hvorfor betegnelsen den "individuelle tilgang" undertiden også anvendes.<sup>98</sup>

Domstolen vælger at se på individets helbredsmæssige status som kvalificerende for beskyttelsen fremfor at se en eventuel forskelsbehandling som det kvalificerende element. Første skridt handler derfor for AT'en om at bevise sit handicap for at kunne blive omfattet af "den beskyttede kreds". Det kan være både ressourcekrævende samt indeholde risici for vilkårlighed.<sup>99</sup> Ressourcekrævende er det især, da det ofte vil være nødvendigt at fremlægge omfattende lægefagligt bevismateriale.<sup>100</sup> Ved at anvende den medicinske model bliver lægefaglige erklæringer om tilstanden og dens tidsmæssige prognose det essentielle bevis at føre og den måde, hvorpå man kan gøre sin ret gældende og understøtte en påstand om godtgørelse.<sup>101</sup>

Der består formentlig endvidere den risiko, at AT'ens bevisførelse kan ende ud i en selvmodsigelse, da vedkommende samtidig skal argumentere for, at han/hun var kompetent, egnet og disponibel til at udføre sit arbejde, jf. Direktivets præambel betr. 17.<sup>102</sup>

---

<sup>93</sup> GA Maduro, pr. 19

<sup>94</sup> GA Maduro, pr. 19

<sup>95</sup> Coleman, pr. 50

<sup>96</sup> Justesen, s. 303

<sup>97</sup> Clifford, s. 18; Waddington og Lawson, s. 16

<sup>98</sup> Hendriks, pkt. 2.1. litra a

<sup>99</sup> Hendriks, pkt. 4

<sup>100</sup> Waddington 2007, s. 493

<sup>101</sup> Degener 2004, s. 11; Waddington 2007, s. 493

<sup>102</sup> Waddington 2007, s. 493. Betr. 17 er citeret i afsnit 2.1

Den medicinske tilgang står i kontrast til *den sociale model*, hvor man placerer problemet med handicap i det omkringliggende samfund og ikke hos individet.<sup>103</sup> I den sociale model ser man selve diskriminationen, det være sig i form af fordomme, det fysiske eller psykiske miljø eller stigmatisering, som kernen af problemet.<sup>104</sup>

*Young* bruger udtrykket "lack of fit" for at beskrive, at der består et slags misforhold mellem samfundets normer og æstetiske standarder i forhold til de egenskaber eller anlæg, som visse personer besidder.<sup>105</sup> *Hendriks* beskriver:

*"... society creates disability by accepting an idealised norm as given and by measuring deviation therefrom."*<sup>106</sup>

Domstolen anlægger en medicinsk tilgang i *Navas*. Dette adskiller sig fra positionen hos andre store EU-institutioner, som har givet udtryk for og arbejder på, at der bør anlægges en social tilgang.<sup>107</sup> Kommissionen anlagde eksempelvis i 2003 den betragtning, at

*"EU opfatter også handicap som et socialt spørgsmål. Fællesskabets sociale model vedrørende handicap påpeger de hindringer i omverdenen, som hæmmer handicappedes fulde deltagelse i samfundslivet."*<sup>108</sup>

Denne tilgang kan spores helt tilbage til 1996 hos både Kommissionen<sup>109</sup> og Rådet.<sup>110</sup>

Domstolen begyndte altså med et forholdsvis restriktivt handicapbegreb i *Navas*.<sup>111</sup> Som anført afgrænsede Domstolen dog handicap fra sygdom på en sådan måde, at et mere nuanceret begreb ikke er udelukket i fremtiden.<sup>112</sup> Det er da også anført i litteraturen, at man ikke kan udlede, at Domstolen med afgørelsen i *Navas* fuldkommen distancerede sig fra en mere social tilgang til begrebet.<sup>113</sup> Det ses dog kritiseret, at Domstolen ikke blot henviste til eksistensen af den sociale model eller i det mindste de andre EU-institutioners position på området.<sup>114</sup>

Med afgørelsen i *Coleman* tilsluttede Domstolen sig et bredere handicapbegreb.<sup>115</sup> Ms. Coleman var udsat for diskrimination af sine omgivelser på grund af sin tilknytning til et handicap. Dommen fokuserede på den diskriminerende handling. Det begreb, der omfatter "tilknyttede" personer, er en tydelig anerkendelse af den sociale tilgang, som baserer sig på, at handicap er en social konstruktion. En strikt medicinsk model vil derimod udelukke de "tilknyttede" personer, da det er afgørende for beskyttelsen, at det er den konstaterede funktionsnedsættelse, der hindrer individets adgang til arbejdsmarkedet.<sup>116</sup>

Det har været hævdet i dele af den internationale retsteori, at den sociale tilgang til handicapbegrebet bør anvendes for at sikre effektiv beskyttelse imod diskrimination.<sup>117</sup> Det er også blevet

---

<sup>103</sup> *Degener 2004*, s. 5

<sup>104</sup> *Waddington 2007*, s. 491

<sup>105</sup> *Young*, s. 9

<sup>106</sup> *Hendriks*, pkt. 2.1. litra b

<sup>107</sup> *Waddington 2007*, s. 496 anfører, at den sociale model har fæstnet sig i EU's underliggende værdipolitik

<sup>108</sup> Kommissionens Meddelelse om Lige Muligheder for Handicappede 2003, s. 4

<sup>109</sup> Kommissionens Meddelelse om Lige Muligheder for Handicappede 1996, s. 5-6, afsnit 18-20

<sup>110</sup> Rådets Resolution om Lige Beskæftigelsesmuligheder 1996, afsnit 1

<sup>111</sup> *Schiek 2011*, s. 25-26

<sup>112</sup> Afsnit 2.2.1.3

<sup>113</sup> *Gerards*, s. 137-138

<sup>114</sup> *Waddington 2007*, s. 492

<sup>115</sup> *Justesen*, s. 309

<sup>116</sup> *Degener 2006*, afsnit 2, litra b

<sup>117</sup> *Gerards*, s. 135; *Schiek 2011*, s. 26; *Waddington 2006*, s. 17

anført, at kun ved en ikke-medicinsk definition kan man realisere den sociale model.<sup>118</sup> Dog er den traditionelle sondring mellem den medicinske og sociale model ikke nødvendigvis en farbar vej. Hvor det medicinske begreb er blevet betegnet som værende for snævert, har den miljøbestemte sociale model også sine mangler. Med sit fokus på den diskriminerende handling tager denne tilgang som sit udgangspunkt, at et handicap automatisk resulterer i en ringere position ("disadvantage").<sup>119</sup> En fordom, som diskriminationslovgivning netop har til sigte at modvirke, kunne man hævde.

Den sociale model giver endvidere ikke svar på, hvordan man alternativt fastlægger den beskyttede kreds i forhold til handicapdiskrimination. I en diskriminationslovgivning er det nødvendigt at definere, hvad der udgør forbudt diskrimination og mod hvem.<sup>120</sup> Det giver i den forbindelse ikke mening at definere handicap som resultatet af diskrimination.<sup>121</sup> Hendriks anfører, at

*"Protected classes are therefore always defined on the basis of personal characteristics, and not on the basis of environmental factors."*<sup>122</sup>

Degener anfører, at man ikke kan definere handicap uden at inddrage medicinske begreber eller anvende terminologien "funktionsnedsættelse", da handicaprelaterede fordomme og stigmatisering altid relaterer sig til en aktuel eller formodet anormalitet i form af en funktionsnedsættelse eller kronisk sygdom.<sup>123</sup> Denne betragtning adskiller sig fra den medicinske model, hvor man udelukkende lægger vægt på funktionsnedsættelsen.<sup>124</sup> Ved at henvise til begrebet funktionsnedsættelse fastholder man altså ikke nødvendigvis den medicinske model.

Man kan altså med fordel anlægge en kombineret tilgang, hvor medicinske begreber er nødvendige lige så vel som anerkendelsen af, at handicap er en social konstruktion. En måde at realisere denne kombinerede model kunne være at anvende betegnelsen *handicapbaseret diskrimination* i stedet for at kalde det diskrimination af en handicappet person. Hermed tydeliggøres det, at fokus må rettes mod årsagen til den diskriminerende handling, mens det fastholdes, at beskyttelsen forudsætter en kvalificeret tilknytning til et handicap.

Domstolens retspraksis om handicapdiskrimination er indtil videre begrænset til to afgørelser. *Navas* kan hævdes at være mere en negativ afgrænsning end en tilnærmelse af kernen af handicapbegrebet. *Coleman* berører på den anden side ikke selve handicapbegrebet som beskyttelseskriterium, da dommen fastslår, at det er muligt at være "bærer" af beskyttelseskriteriet. Dog er dommen vigtig i anerkendelsen af, at handicap er en social konstruktion. Man kan derfor slutte, at Domstolen med denne afgørelse anvendte en kombineret tilgang; sønnens konstaterede handicap sammenholdt med den diskrimination, som moderen blev udsat for. Hvordan Domstolen vil inddrage det sociale element i en sag, som omhandler diskrimination af en person, der selv lider af et handicap, er usikkert.<sup>125</sup> Grundet Direktivets tavshed samt den sparsomme retspraksis består der stadig mange uafklarede spørgsmål vedrørende afgrænsningen af handicapbegrebet.

---

<sup>118</sup> Degener 2006, afsnit 2, litra a

<sup>119</sup> Hendriks, pkt. 2.2

<sup>120</sup> Degener 2006, afsnit 2, litra a

<sup>121</sup> Degener 2006, afsnit 2, litra a

<sup>122</sup> Hendriks, pkt. 5

<sup>123</sup> Degener 2006, afsnit 2, litra a

<sup>124</sup> Schulze, s. 16

<sup>125</sup> Behandles i afsnit 2.4 og 4



## 2.3 FN's Handicapkonvention

FN vedtog Konventionen ved resolution af 13. december 2006, og den trådte i kraft den 3. maj 2008. Der er i skrivende stund 154 lande, der har underskrevet Konventionen, 126 lande har ratificeret den, og 76 lande har ratificeret Konventionens Tillægsprotokol.<sup>126</sup>

Konventionens formål er angivet i art. 1:

*"The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.*

*Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments, which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others."*

Bestemmelsen udtrykker ønsket om at fjerne barrierer, der hindrer handicappede personers fulde deltagelse i samfundet på lige fod med andre.<sup>127</sup> Formuleringen "promote, protect and ensure" er unik.<sup>128</sup> Målet er ikke kun at yde beskyttelse mod diskrimination ("protect"), men derudover at sikre bevarelsen af rettigheder ("ensure") samt fremme aktive tiltag, der kan virke forebyggende ("promote").<sup>129</sup>

Der kunne dog ikke opnås enighed ved forhandlingerne i forhold til afgrænsning eller definition af handicapbegrebet, og Konventionen anvender derfor en "åben" definition af handicap.<sup>130</sup> Eller rettere sagt, der opnåedes enighed om, at Konventionen ikke indeholder en definition, men derimod nogle retningslinjer for en fortolkning af begrebet.<sup>131</sup> Dette synspunkt underbygges af, at handicapbegrebet ikke er anført i art. 2, som oplister Konventionens definitioner. På den anden side bør placeringen ikke føre til fejlslutninger om betydningen af konventionsbegrebet. Begrebet er anført i selve formålsparagraffen til Konventionen, hvilket understreger, at de anførte ord er tiltænkt en central betydning, og man bør derfor lægge den valgte formulering til grund ved anvendelse af Konventionen.

Som anført i afsnit 1.1, er der fordele og ulemper forbundet med at definere et beskyttelseskriterium. Konventionens brug af såkaldte retningslinjer kan anskues som et kompromis mellem de to yderpunkter og et forsøg på at minimere de iboende risici.

Konventionsbegrebet omfatter de funktionsnedsættelser, som har *fysisk, mental, intellektuel eller sensorisk karakter*. Konventionsbegrebet er til dels inspireret af FN's Standardregler fra 1993.<sup>132</sup> Det fremstår tydeligt her, da Standardreglerne anvendte en formulering, der ikke er identisk med, men ligger tæt op ad.<sup>133</sup> Til sammenligning omfattede handicapbeskyttelsen ifølge Navas funktionsnedsættelser af fysisk, mental eller psykisk karakter.

Endvidere forudsætter Konventionen, at der er tale om funktionsnedsættelser af *langvarig* tilstand.<sup>134</sup> I Navas opstillede Domstolen et tilsvarende krav om, at tilstanden med sandsynlighed

<sup>126</sup> Pr. 1. december 2012. Se: <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166>

<sup>127</sup> Schulze, s. 34

<sup>128</sup> Schulze, s. 34

<sup>129</sup> Schiek 2011, s. 13

<sup>130</sup> Schulze, s. 27

<sup>131</sup> De Búrca, s. 18; Nielsen 2009, s. 424

<sup>132</sup> Resolution 48/96

<sup>133</sup> FN's Standardregler, pkt. 17

<sup>134</sup> Schiek 2011, s. 13

skulle være af lang varighed.<sup>135</sup> *Nielsen* anfører, at Konventionens begreb - ligesom det EU-retlige - forudsætter, at der er tale om en vedvarende eller langvarig tilstand.<sup>136</sup> Såfremt vedvarende skal forstås som permanent, er dette led dog formentlig ikke korrekt. Under forhandlingerne til Konventionen blev udtryk som "persistent" og "permanent" specifikt udeladt af begrebet.<sup>137</sup>

En funktionsnedsættelse er et handicap, når der består *en mulighed for*, at funktionsnedsættelsen i samspil med forskellige barrierer medfører begrænsninger i lige deltagelse i samfundet. I FN's Standardregler synes handicapbeskyttelsen at forudsætte et aktualiseret – og ikke blot mulighed for – tab eller begrænsning i samfundslivet.<sup>138</sup> Det var på baggrund af EU's forslag, at man indsatte ordet "may". Med indsættelsen ville man undgå at skabe en for tæt kobling mellem funktionsnedsættelsen og barriererne.<sup>139</sup> Det er interessant, da der i *Navas* blev anvendt et begreb, der lader til at forudsætte en aktualiseret begrænsning.<sup>140</sup>

Konventionens præambel litra "e" komplementerer Konventionens art. 1 og er derfor vigtig i forhold til at fastlægge Konventionens handicapbegreb:<sup>141</sup>

*"Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,"*

Præambelen præciserer, at handicap skal forstås som et miljørelateret begreb, hvilket betyder, at handicap er noget, der opstår i samspillet mellem mennesker med funktionsnedsættelser og barrierer i deres omgivelser.<sup>142</sup> Det er ikke en egenskab ved mennesker med en funktionsnedsættelse.<sup>143</sup> At der i Konventionen anerkendes, at diskrimination i høj grad skyldes barrierer i samfundet, og at der i den ånd anvendes en "åben" definition, er i tråd med den sociale model.<sup>144</sup>

Konventionen illustrerer det paradigmeskift, der er sket, fra at anvende en medicinsk model med fokus på funktionsnedsættelsen til en social model med fokus på samfundsbarrierer.<sup>145</sup>

Begrebet er dynamisk, da omgivelsernes forhold til handicappede kan og vil variere, og i takt hermed sker der samtidig en forrykkelse af begrebets indhold.<sup>146</sup> Man kan sige, at jo mere inkluderende et samfund bliver, desto mindre anvendelsesområde er der for handicapbegrebet. Et samfund vil uvægerligt udvikle sig og handicapbegrebet i takt hermed, da det er i *samspillet* mellem individ og samfund, at definitionen ligger.

Handicap er den beskyttelseskategori, som formentlig dækker over mest diversitet blandt sine beskyttelsessubjekter.<sup>147</sup> Ved at udtrykke det i art. 1 som *alle personer* med handicap understreges det, at handicappede som gruppe er en sammensat størrelse, og at det er nødvendigt at

---

<sup>135</sup> Afsnit 2.2.1.4

<sup>136</sup> *Nielsen 2009*, s. 426

<sup>137</sup> *Schulze*, s. 38

<sup>138</sup> FN's Standardregler, pkt. 17

<sup>139</sup> *Schulze*, s. 39

<sup>140</sup> Afsnit 2.2.1.2. Se også nedenfor i afsnit 2.4 om EU's særlige forpligtelse i medfør af den rolle, som EU spillede ved tilblivelsen af Konvention

<sup>141</sup> *Schulze*, s. 39

<sup>142</sup> *Nielsen 2010*, s. 329-330

<sup>143</sup> *Nielsen 2012*, s. 410

<sup>144</sup> *Schulze*, s. 27

<sup>145</sup> *Clifford*, s. 12

<sup>146</sup> *Neergaard og Nielsen*, s. 115

<sup>147</sup> *Schiek 2011*, s. 25

vide omhu overfor den forskellighed, som den beskyttede kreds repræsenterer.<sup>148</sup> Konventionens præambels litra "i" anerkender også dette udtrykkeligt. Årsagerne til diskrimination på grund af handicap kan være mange, og diskriminationen er altid afledt af den individuelle funktionsnedsættelse – modsat diskrimination på grund af alder, som jo er et mere "generisk" kriterium. Set i det lys anvendes der i Konventionens definition af handicapbegrebet en holistisk tilgang.<sup>149</sup>

## 2.4 EU's og Danmarks ratifikation af FN's Handicapkonvention

Danmark ratificerede Konventionen den 24. juli 2009 og påtog i den forbindelse sig en forpligtelse til at sikre, at den danske retsanvendelse er i overensstemmelse med forpligtelserne efter Konventionen.<sup>150</sup> I forslaget om at ratificere Konventionen, udtalte regeringen, at yderligere følgelovgivning ikke var nødvendig forud for ratifikationen.<sup>151</sup> Heraf følger, at det var regeringens holdning, at forskelsbehandlingsloven (herefter "FBL") lever op til Konventionen.

Traditionen i de nordiske lande har været at anvende en dualistisk tilgang til folkeretlige forpligtelser. En dualistisk tilgang anskuer national ret og folkeret som to adskilte retssystemer, indtil det tidspunkt hvor folkeretten bliver gennemført ved nationale retskilder.<sup>152</sup> Danmark gennemførte ikke yderligere følgelovgivning, så i tilfælde af uoverensstemmelse med Konventionen vil FBL have forrang på grund af den dualistiske teori.<sup>153</sup> Det er dog formentlig kun tilfældet, såfremt fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglen ikke kan afhjælpe uoverensstemmelsen.<sup>154</sup> Gennemslagskraften af folkeretlige regler om diskriminationsværn har dog generelt set været beskedent.<sup>155</sup>

Den 23. december 2010 ratificerede EU som selvstændigt folkeretssubjekt Konventionen, og den trådte i kraft den 22. januar 2011. Den endelige beslutning om ratifikation blev dog allerede truffet den 26. november 2009.<sup>156</sup> Det er første gang i historien, at EU vælger at tiltræde en international menneskeretskonvention, og beslutningen er blandt andet blevet kaldt et kvalitativt fremskridt for EU og "a landmark event".<sup>157</sup>

På diskriminationsområdet er der *delt kompetence* mellem EU og medlemslandene til at indgå traktater, og de er forpligtet til at udøve denne kompetence i samarbejde.<sup>158</sup> Dette samarbejde skal gerne sikre sammenhæng i retsanvendelsen, hvilket fremgår direkte af beslutningen om at ratificere Konventionen.<sup>159</sup>

Medlemslandenes EU-retlige forpligtelser gælder naturligvis kun i den udstrækning, at der eksisterer EU-retlig kompetence på området.<sup>160</sup> Da der er tale om delt kompetence, og da Danmark selvstændigt har ratificeret Konventionen, har Danmark naturligvis også påtaget sig de af Konven-

---

<sup>148</sup> Schulze, s. 35

<sup>149</sup> Clifford, s. 12

<sup>150</sup> Beslutningsforslag B 194, Alm. Bem., litra b; Nielsen og Tvarnø, s. 154

<sup>151</sup> Beslutningsforslag B 194, Alm. Bem., litra b

<sup>152</sup> Nielsen 2010, s. 60

<sup>153</sup> Nielsen 2010, s. 205

<sup>154</sup> Nielsen og Tvarnø, s. 162, hvor det anføres, at den dualistiske teori er under opblødning

<sup>155</sup> Nielsen 2010, s. 157; Waddington 2009, s. 122, fn. 3

<sup>156</sup> Rådets Afgørelse om indgåelse af FN's Handicapkonvention

<sup>157</sup> Quinn og Doyle, s. 69

<sup>158</sup> Nielsen 2010, s. 166-167

<sup>159</sup> Rådets Afgørelse om indgåelse af FN's Handicapkonvention, præambel betr. 7

<sup>160</sup> FRA Report, s. 15; Waddington 2009, s. 114, fn. 11

tionens forpligtelser, der ligger uden for EU's kompetence.<sup>161</sup> Det er her, at forskellen mellem monistisk og dualistisk teori vil spille ind på gennemslagskraften af de folkeretlige forpligtelser.

Med EU's ratifikation vil Konventionen

*"... take on a completely new legal status within the EC Law, and will have to be respected in its totality..."*<sup>162</sup>

Konventionen placerer sig nu mellem primær og sekundær regulering i det EU-retlige retskildehierarki.<sup>163</sup> Det følger af Domstolens praksis, som udtalt i bl.a. *IATA*, at internationale aftaler indgået af EU rangerer højere end afledt fællesskabsret.<sup>164</sup> Konventionen vil ikke kunne bryde igennem indholdet i EU-traktaterne eller de forfatningsmæssige principper (primær regulering), men der består en forpligtelse til at fortolke f.eks. direktiver (sekundær regulering) på en overensstemmende måde.<sup>165</sup> Det er anført, at Konventionens placering i hierarkiet medfører, at Konventionen bør spille ind på henholdsvis fortolkning af gældende sekundær regulering, såvel som indgå som "kontrol-element" i ændringer af denne regulering.<sup>166</sup> Som kontrolelement menes ikke blot en kontrol af, at Konventionen overholdes, men også en forpligtelse til at udbrede – "promote"<sup>167</sup> – Konventionen skal iagttages.<sup>168</sup> Der er derfor ingen tvivl om, at Konventionen placerer sig på et højere trin i retskildehierarkiet, end Direktivet gør.

EU benytter den monistiske teori i forhold til folkeretlige forpligtelser, hvilket indebærer, at de folkeretlige forpligtelser automatisk bliver en del af EU-retten.<sup>169</sup> Det udtrykkes direkte i art. 216, stk. 2 TFEU, at

*"De aftaler, som Unionen indgår, er bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne."*

De folkeretlige forpligtelser bliver ligeledes automatisk inkorporeret i medlemslandenes interne ret ved EU's ratifikation.<sup>170</sup> Som konsekvens heraf kommer Danmark således også til at fungere efter monistisk teori, når EU påtager sig folkeretlige forpligtelser.<sup>171</sup>

Domstolen fastslog i *Navas*, at Direktivets handicapbegreb er et autonomt EU-retligt begreb. Som følge af ratifikationen er det nu et "integreret" EU-retligt begreb;

*"Indholdet af de traktater, EU indgår, udgør, som EU-Domstolen udtrykker det, en integrerende del af EU-retten".*<sup>172</sup>

Ved EU's ratifikation opstod der dermed en forpligtelse for såvel nationale domstole som Domstolen til at fortolke EU-retten i overensstemmelse med Konventionen.<sup>173</sup> Domstolen fastslog i

---

<sup>161</sup> Det falder uden for dette speciales formål at undersøge Danmarks folkeretlige forpligtelser uden for beskæftigelsesdirektivets anvendelsesområde, men der kan henvises til *Waddington 2009* for en behandling af emnet

<sup>162</sup> *Waddington 2009*, s. 112

<sup>163</sup> *FRA Report*, s. 15; *Quinn og Doyle*, s. 71 kalder placeringen kvasi-konstitutionel

<sup>164</sup> C-244/04, pr. 35

<sup>165</sup> *Cremona*, s. 27; *EFC Report*, s. 30

<sup>166</sup> *Quinn og Doyle*, s. 70

<sup>167</sup> Konventionen, Art. 1

<sup>168</sup> *Quinn og Doyle*, s. 71

<sup>169</sup> *Nielsen og Tvarnø*, s. 159

<sup>170</sup> *Nielsen og Tvarnø*, s. 161

<sup>171</sup> *Nielsen og Tvarnø*, s. 161

<sup>172</sup> *Nielsen 2010*, s. 166; Samme synspunkt *Schiek 2007*, s.51

<sup>173</sup> *Clifford*, s. 19; *Nielsen 2012*, s. 412; *Parker og Clements*, s. 96

*Kommissionen mod Tyskland*,<sup>174</sup> at forrangen af en international aftale, som EU har indgået, betyder, at sekundær regulering så vidt muligt må fortolkes på en måde, som er konsistent med den internationale aftale.<sup>175</sup> Det kan derfor konkluderes, at der består en pligt til at anlægge en fortolkning af Direktivet, som man formentlig kan karakterisere som *konventionskonform* fortolkning.<sup>176</sup>

Det er også anført, at ratifikationen indebærer, at man i Direktivets præambels betragtning 4 bør indlæse en henvisning til Konventionen.<sup>177</sup> Denne betragtning henviser til øvrige folkeretlige forpligtelser, som Direktivet bygger på. Konventionen vil dermed høre til det retsgrundlag, hvorpå retten til ligebehandling bygger.

En manglende overholdelse af Konventionen ved fortolkning af Direktivet vil derfor kunne statuere et brud på såvel Konventionen som EU-retten som sådan.<sup>178</sup> Det skal derfor inddrages i en fortolkning af handicapbegrebet i Direktivet, hvordan begrebet defineres i Konventionen. Såfremt Danmark stadig anvendte den dualistiske teori i forhold til diskrimination på grund af handicap, ville der således blive tale om en overtrædelse af EU-retten.

På baggrund af de EU-retlige retskilder er det ikke muligt at udlede en klar definition af handicapbegrebet.<sup>179</sup> Konventionens mere detaljerede retningslinjer er derfor af stor betydning for fastlæggelse af begrebet; både for nationale domstole såvel som for Domstolen. Hvorvidt Domstolen vil fastholde den forholdsvis restriktive tilgang fastlagt i *Navas*, er i sidste ende et fortolkningsspørgsmål, som kun Domstolen selv kan svare på. Givet Konventionens retligt bindende virkning i EU-retten har Domstolen samt medlemslandene imidlertid en pligt til at lade sig guide af konventionsbegrebet og dermed inddrage en social tilgang til handicapdiskrimination.<sup>180</sup> I forhold til de nationale domstole, skal det dog understreges, at da handicap er et "integreret" fællesskabsretligt begreb, er det Domstolen, der i sidste ende fastlægger begrebet.

Domstolen har endnu ikke haft anledning til at udtale sig om handicapbegrebet efter Konventionens tiltrædelse. Der er dog flere eksempler på, at *Konventionen allerede har haft indflydelse* på handicapbegrebet i EU-regi. I 2008 fremsatte Kommissionen forslag til et horisontalt direktiv, der vil forbyde forskelsbehandling uden for arbejdsmarkedet bl.a. på grund af handicap.<sup>181</sup> I Kommissionens forslag er det ikke angivet nærmere, hvordan handicapbegrebet skal forstås. I Europa-Parlamentets ændringsforslag til direktivet foreslås det at indsætte en definition i direktivets præambel:

*"Handicappede omfatter personer med en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer, hvad enten de er miljømæssige eller holdningsmæssige, kan hæmme dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre."*<sup>182</sup>

---

<sup>174</sup> C-61/94

<sup>175</sup> C-61/94, pr. 52

<sup>176</sup> EFC Report, s. 30

<sup>177</sup> Clifford, s. 19

<sup>178</sup> Quinn og Doyle, s. 71

<sup>179</sup> Schwarz og Hartmann, s. 261

<sup>180</sup> FRA Handbook, s. 100; Nielsen 2012, s. 412

<sup>181</sup> Kommissionens direktivforslag om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering

<sup>182</sup> Europa-Parlamentets ændringsforslag til direktiv om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, ændring 17

Definitionen er identisk med Konventionens definition i art. 1 – dog udvidet med den tilføjelse, at både miljømæssige eller holdningsmæssige barrierer er omfattet. Den tilføjelse er dog blot hentet fra Konventionens præambel litra "e".

Selvom direktivets vedtagelse er usikker, har processen tydeliggjort medlemslandenes ambition om at sikre handicappede mod forskelsbehandling og vilje til at implementere dele af Konventionen.<sup>183</sup>

Et andet vigtigt politisk signal af nyere dato er vedtagelsen af Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020 fra 15. november 2010, som er udarbejdet af Kommissionen. Konventionen har haft en betydelig indflydelse på udformningen af denne strategi.<sup>184</sup> Strategien har blandt andet som erklæret mål at sikre Konventionens implementering i medlemslandene såvel som inden for EU's egne institutioner.<sup>185</sup> Det nævnes eksplicit, at Konventionen er bindende for EU og udgør en del af den EU-retlige retsorden.<sup>186</sup>

Også folkeretlige tiltag vil have mulighed for at præge udviklingen af handicapbegrebet fremover. I medfør af Konventionens art. 34 blev der oprettet en international overvågningskomité, "The Committee on the Rights of Persons with Disabilities". Komitéen har til formål at overvåge, hvorvidt Konventionen bliver efterlevet i de tilsluttende lande. De tilsluttende parter, herunder EU, er forpligtede til at afgive rapport om Konventionens gennemførsel og udvikling i løbet af de første to år efter, at Konventionen er trådt i kraft i det pågældende land.<sup>187</sup> "Handbook on European non-discrimination law"<sup>188</sup> anfører, at den rolle, som fortolkende og overvågende institution, som komiteen vil spille i fremtiden, formentlig også vil spille ind på Domstolens fortolkning af handicapbegrebet.<sup>189</sup>

I Konventionens Tillægsprotokol er komiteen tildelt en mere aktiv rolle som klageorgan for enkeltpersoner.<sup>190</sup> Den er tillagt kompetence til at komme med udtalelser og forslag, hvilket vil bidrage yderligere til den fortolkende rolle, som der er peget på.<sup>191</sup> Hverken Danmark eller EU har dog underskrevet eller ratificeret Konventionens Tillægsprotokol. I Danmark faldt forslaget bort.<sup>192</sup> I EU fremsatte Kommissionen forslag til EU's undertegnelse af Tillægsprotokollen den 29. august 2008.<sup>193</sup> Europa-Parlamentet tiltrådte uden ændringer i april 2009, men forslaget ligger stadig ved Rådet. Proceduren har været sat i bero, men Kommissionen meddelte i juni 2011 til Rådet, at man forventede, at ratificeringsprocessen nu ville blive genoptaget.<sup>194</sup>

---

<sup>183</sup> Waddington 2010, s. 2

<sup>184</sup> Clifford, s. 19

<sup>185</sup> Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020, s. 4

<sup>186</sup> Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020, s. 3, fn. 4

<sup>187</sup> Konventionen, art. 35, stk. 1

<sup>188</sup> Rapporten er et samarbejde mellem og udgivet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og the European Union Agency for Fundamental Rights

<sup>189</sup> FRA Handbook, s. 100; dog formentlig ikke i dansk ret, se Nielsen og Tvarnø, s. 182: Udtalelser fra sådanne internationale komitéer har en vis retskildeværdi, men typisk ringe gennemslagskraft i Danmark på grund af den dualistiske tradition

<sup>190</sup> Tillægsprotokol, art. 1, stk. 1

<sup>191</sup> Tillægsprotokol, art. 5

<sup>192</sup> Beslutningsforslag B 97

<sup>193</sup> Kommissionens forslag om undertegnelse af Tillægsprotokollen

<sup>194</sup> Kommissionens informationsdokument 11125/11

Det anføres endvidere af *Quinn og Doyle*, at EU bærer en særlig forpligtelse i forhold til at anvende Konventionen på grund af EU's betydelige rolle ved Konventionens tilblivelse.<sup>195</sup> Der er en betydelig risiko for, at EU vil miste sin troværdighed, hvis egne budskaber ikke efterleves.<sup>196</sup>

## 2.5 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Unionens Charter om Grundlæggende rettigheder

Det er endnu uvist, hvorvidt og i hvilken udstrækning Domstolen vil inddrage Konventionen i sine afgørelser vedrørende diskrimination på grund af handicap. Det er i den forbindelse interessant at kaste et blik på, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter "EMD") har inddraget Konventionen i sine afgørelser. Desuden indeholder Chartret et diskriminationsforbud på grund af handicap, og man kan i den forbindelse diskutere, hvilken rolle Chartret vil spille i forhold til Domstolens fremtidige afgørelser.

### 2.5.1 Praxis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Nedenfor behandles dommene *Glor*, *Alajos Kiss* og *Kiyutin*, som er egnede til at belyse, hvorledes EMD har inddraget Konventionen, siden Konventionen blev vedtaget i 2006. Det skal indledningsvist bemærkes, at dommene ikke omhandler problemstillinger indenfor Direktivets anvendelsesområde, da afgørelserne vedrører det generelle diskriminationsforbud, som er indeholdt i art. 14 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter "EMRK"). Endvidere er det værd at bemærke, at EMD anvender Konventionen som fortolkningsbidrag, uanset om de involverede lande har ratificeret Konventionen. I *Alajos Kiss* havde Ungarn både underskrevet og ratificeret, men i *Kiyutin* havde Rusland underskrevet, men ikke ratificeret Konventionen, og i *Glor* havde Schweiz hverken underskrevet eller ratificeret Konventionen.<sup>197</sup>

#### 2.5.1.1 *Glor v. Switzerland*

Denne dom fra 2009 handlede om en schweizisk statsborger, *Glor*, som i 1997 blev erklæret uegnet til militærtjeneste, da han led af type 1-diabetes. I 2001 blev han pålagt at betale en afgift, da han ikke havde opfyldt sin militærtjeneste. Da *Glor* ikke havde et handicap på over 40 % ifølge en medicinsk vurdering, var der ingen mulighed for at blive fritaget for at betale afgiften. *Glor* modsatte sig at betale afgiften med den begrundelse, at national ret ikke burde opnå en fortjeneste på baggrund af en medicinsk situation, som han ikke selv var ansvarlig for.

*Glor* påberåbte sig art. 14 EMRK, som lyder

*"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."*

Som det fremgår af citatet, er handicap ikke nævnt som beskyttelseskriterium, hvorfor *Glor* påberåbte sig forbuddet mod diskrimination på grund af "other status". EMRK art. 14 yder kun beskyttelse af de rettigheder, der er indeholdt andetsteds i konventionen, og bestemmelsen kan derfor ikke påberåbes alene. Sager, der omhandler handicappedes rettigheder, knytter sig til privatlivets beskyttelse i EMRK art. 8, stk. 1:

*"Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."*

---

<sup>195</sup> *Quinn og Doyle*, s. 71

<sup>196</sup> *Quinn og Doyle*, s. 71

<sup>197</sup> Se <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166>

Der kræves en vis form for konkretisering, for at et forhold kan etablere en tilknytning til privatlivets beskyttelse.<sup>198</sup> EMD henviste i dommen til sin tidligere praksis og fastholdt, at en persons fysiske integritet er omfattet af privatlivets beskyttelse, hvorfor art. 8 var anvendelig i sagen.<sup>199</sup> Retten bemærkede endvidere, at sagens genstand var en eventuel diskrimination på grund af et fysisk handicap – også selvom de nationale instanser havde betragtet det som noget ”mindre”.<sup>200</sup> De nationale domstole havde gjort gældende, at der var tale om sygdom og ikke invaliditet. Man kan heraf udlede, at de schweiziske myndigheders 40 % -sats var uvedkommende for handicapvurderingen, da diskriminationsforbuddet i EMRK må omfatte alle grader af handicap.

EMD lod i *Glor* handicapdiskrimination indgå som beskyttelseskategori under art. 14 EMRK for første gang.<sup>201</sup> EMD henviste direkte til Konventionen som begrundelse herfor:

*”Elle estime également qu’il existe un consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d’un handicap à l’abri de traitements discriminatoires (voir notamment ... [Konventionen] ... )”*<sup>202</sup>

Konventionen signalerer, at der er en fælles europæisk og universel enighed om at beskytte personer med handicap mod diskriminerende behandling. Med udgangspunkt i denne konsensus og med henvisning til EMD’s dynamiske fortolkningsstil, fastslog EMD, at handicap kan statuere en ”other status” i art. 14 EMRK. Som anført i retsteorien, var denne afgørelse et stort skridt fremad i kampen for at sikre menneskerettigheder for personer med handicap.<sup>203</sup>

#### **2.5.1.2 Alajos Kiss v. Hungary**

Denne dom fra 2010 omhandlede en ungarsk statsborger ved navn Alajos Kiss, som i 1991 blev diagnosticeret mani-depressiv. I 2005 blev han sat under delvist værgemål, som automatisk medførte, at Kiss blev frataget sin stemmeret. Han kunne derfor ikke stemme til de valg, der gennemførtes året efter. Kiss påberåbte sig art. 14 EMRK i tilknytning til retten til frie valg, som er beskyttet i art. 3 af Protokol 1.

Kiss anså sig selv som mentalt handicappet, og EMD anlagde samme vurdering uden at kommentere handicapbegrebet nærmere.<sup>204</sup> Det er værd at bemærke, at der i *Glor* var tale om et fysisk handicap, og at det med afgørelsen i *Kiss* blev fastslået, at også mentale handicap er omfattet af beskyttelsen i EMRK.

I forhold til Kiss’ fratagelse af stemmeret udtalte EMD, at national lovgivning må overlades en vis skønsmargin i forhold til de retsvirkninger, der tilknyttes værgemål.<sup>205</sup> EMD indtog dog det synspunkt, at der må være en mindre grad af skøn overladt til de nationale retssystemer, når der er tale om en gruppe af personer, der traditionelt set har været udsat for diskrimination.<sup>206</sup>

EMD fandt, at det var en tvivlsom klassificering at behandle folk med mentale handicap som en ensartet gruppe.<sup>207</sup> Dette synspunkt blev bl.a. hentet fra Konventionen. Med andre ord, er personer med handicap en mangfoldig gruppe, som ikke lader sig entydigt definere, og derfor må det undersøges tilbundsående, når deres rettigheder indskrænkes. EMD fik hermed indikeret, at

<sup>198</sup> Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl., s. 972

<sup>199</sup> Pr. 52

<sup>200</sup> Pr. 53

<sup>201</sup> Lord og Brown, s. 297

<sup>202</sup> Pr. 53

<sup>203</sup> Lord og Brown, s. 297

<sup>204</sup> Pr. 35 og 42

<sup>205</sup> Pr. 41

<sup>206</sup> Pr. 42

<sup>207</sup> Pr. 44



tærsklen er høj, når man søger at legitimere at fratage personer med mentale eller intellektuelle handicap deres rettigheder.<sup>208</sup> I *Kiss* var stemmefratagelsen sket som en automatisk retsvirkning af delvist værgemål, og det skete altså uden vurdering af individuelle forhold. Ordningen fandtes at stride mod retten til frie valg i art. 3 af Protokol 1.<sup>209</sup>

Vigtigst i nærværende sammenhæng er det dog at bemærke Konventionens tydelige indflydelse på EMD's afgørelse. Konventionen var helt afgørende for, at EMD kom til den konklusion, at der skulle anlægges samme grad af undersøgelse, altså en begrænset skønsmargin, i forhold til personer med handicap, som EMD tidligere har anlagt for så vidt angår diskrimination på grund af køn eller race.<sup>210</sup>

### 2.5.1.3 *Kiyutin v. Russia*

I 2011 tog EMD stilling til en sag om opholdstilladelse. Kiyutin, en usbekisk statsborger, havde søgt om opholdstilladelse i Rusland, hvor hans russiske hustru og barn boede. Den russiske lovgivning krævede, at ansøgere lod sig teste for HIV. Da Kiyutin blev testet positiv, blev han givet afslag på ansøgningen om opholdstilladelse. Kiyutin påberåbte sig diskriminationsforbuddet i art. 14 i tilknytning til retten til familieliv i art. 8. Sagen er et typeeksempel på "retten til familieliv" i medfør af art. 8, da der nægtedes indrejse til ægtefælle og barn.<sup>211</sup> Fokus i sagen var derfor den eventuelle forskelsbehandling på grund af Kiyutins helbreds-mæssige situation.<sup>212</sup>

HIV blev i national ret kvalificeret som en kronisk sygdom. Den intervenierende NGO i sagen gjorde dog gældende, at HIV er et handicap i Konventionens forstand og derfor bør nyde dennes beskyttelse.<sup>213</sup>

Kiyutin fik medhold i, at hans helbredstilstand var omfattet af EMRK. EMD udtalte, at det var i overensstemmelse med Konventionen at lade art. 14 omfatte helbredstilstande så som HIV.<sup>214</sup> Dernæst udtalte EMD, at:

*"Accordingly, the Court considers that a distinction made on account of one's health status, including such conditions as HIV infection, should be covered – either as a form of disability or alongside with it – by the term "other status" in the text of Article 14 of the Convention."*<sup>215</sup>

EMD anvender en indviklet sætningskonstruktion i denne præmis. Det er vigtigt at holde for øje, at den indskudte sætning (*either as a form of disability or alongside with it*) relaterer sig til begrebet helbredstilstand. Den indskudte sætning skal formentlig ses som en betingelse. Forbud-det mod diskrimination på grund af helbred gælder derfor kun de situationer, hvor der er tale om et handicap eller "en ligestillet situation". En sådan udlægning indebærer endvidere, at EMD anlægger den betragtning, at HIV-ramte enten er handicappede eller "ligestillede". Der er dermed nærliggende at konkludere, at HIV-tilfælde ligeledes bør nyde beskyttelse efter Konventionen.

*Clifford* giver i sin artikel, som er publiceret før dommens afsigelse, sit bud på konsekvenserne af et medhold til Kiyutin. For det første ville det være en kraftfuld brug af Konventionen i fortolkningen af EMRK.<sup>216</sup> Man kan se, at EMD faktisk vælger at inddrage Konventionen i problemstillingen

---

<sup>208</sup> *Clifford*, s. 20

<sup>209</sup> Pr. 44

<sup>210</sup> *Clifford*, s. 20-21

<sup>211</sup> *Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl.*, s. 969

<sup>212</sup> Pr. 39

<sup>213</sup> Pr. 47

<sup>214</sup> Pr. 57

<sup>215</sup> Pr. 57

<sup>216</sup> *Clifford*, s. 21

om EMRK's anvendelsesområde samt i fortolkningen af begreberne helbred og handicap. Dommen understreger, at EMD er aktiv i sin inddragelse af Konventionen i forskellige sammenhænge.

For det andet anførte *Clifford*, at en inklusion i handicapbegrebets anvendelsesområde ville være et vigtigt skridt for beskyttelsen af HIV og Aids-ramte personers rettigheder.<sup>217</sup> Selvom EMD ikke satte lighedstegn mellem en HIV-diagnose og begrebet handicap, er dommen med den valgte formulering et vigtigt skridt i den retning, som *Clifford* slog an.

#### **2.5.1.4 Forholdet mellem Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis og EU-Domstolens praksis**

EU har ikke tiltrådt EMRK og er dermed formelt set ikke forpligtet til at følge EMRK.<sup>218</sup> EMRK's grundlæggende rettigheder udgør dog i dag generelle principper i EU-retten.<sup>219</sup> Domstolen ikke blot inddrager EMRK i sager om grundrettigheder, men henviser også udtrykkeligt til retspraksis fra EMD – anvender den direkte og uden forbehold.<sup>220</sup> Domstolen søger så vidt muligt at afsige sine afgørelser i overensstemmelse med retspraksis fra EMD.<sup>221</sup> Beskyttelsesniveauet har gennem Domstolens praksis vist sig at være på mindst samme niveau som det niveau, EMD har anlagt.<sup>222</sup>

Som ovenfor illustreret har Konventionen allerede med sin korte levetid haft en stor indflydelse på EMD's praksis vedrørende beskyttelse af handicappede under EMRK. Konventionen har nærmere bestemt været en vigtig faktor for, at EMD tydeliggjorde, at handicap er et beskyttelseskriterium omfattet af EMRK. Det er værd at bemærke, at EMD vælger at styrke rettigheder for personer med handicap på et tidspunkt, hvor Konventionen netop er trådt i kraft, og hvor retsgrundlaget i EMRK som sådan er uforandret.

På baggrund af det ovenstående er det nærliggende, at EMD's afgørelser om diskrimination på grund af handicap vil have en stærk indflydelse på Domstolens fremtidige afgørelser.<sup>223</sup>

#### **2.5.2 Unionens Charter om Grundlæggende Rettigheder**

Chartret blev med Lissabon-traktaten i 2009 et retligt bindende instrument på traktatniveau, jf. art. 6, stk. 1 TEU. Chartrets ophøjelse til primær ret bekræfter, at beskyttelse af grundlæggende rettigheder skal ses som en helt central del af den europæiske retsorden.<sup>224</sup>

Chartret indeholder et forbud mod diskrimination på grund af handicap i art. 21, stk. 1, men der er hverken indeholdt en definition på eller retningslinjer for fortolkning af handicapbegrebet. Udeladelsen kan formentlig ses i det lys, at Chartret er tiltænkt et begrænset sigte. Formålet er at samle og bekræfte allerede anerkendte rettigheder i EU-retten.<sup>225</sup> Chartret ændrer ikke på de rettigheder, der findes i henhold til EU-traktaterne.<sup>226</sup> Dog kan selve konsolideringen have signalværdi og tilskynde til videreudvikling af de grundlæggende rettigheder samt medvirke til, at nationale retsmyndigheder vil inddrage rettighederne i højere grad.<sup>227</sup>

---

<sup>217</sup> *Clifford*, s. 21

<sup>218</sup> *Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl.*, s. 48. EU er dog i medfør af art. 6 TEU retligt forpligtet til at tiltræde EMRK, og der foregår i øjeblikket politiske forhandlinger om tiltrædelsen.

<sup>219</sup> Art. 6, stk. 3 TEU; *Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl.*, s. 49

<sup>220</sup> *Holst-Christensen*, s. 154

<sup>221</sup> *Parker og Clements*, s. 96

<sup>222</sup> *Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl.*, s. 52

<sup>223</sup> *Lord og Brown*, s. 297; *Parker og Clements*, s. 96

<sup>224</sup> *Sánchez*, s. 1610

<sup>225</sup> Chartret, art. 52, stk. 2; *Fenger*, s. 109-110

<sup>226</sup> Forklaringer til Chartret, Art. 52, stk. 2

<sup>227</sup> *Fenger*, s. 111; *Sánchez*, s. 1609

Chartret reflekterer de klassiske menneskerettigheder, som er angivet i EMRK.<sup>228</sup> Nogle af Chartrets rettigheder er derfor svarende til dem, der er sikret i EMRK, og disse rettigheder skal i så fald gives samme betydning og omfang som i EMRK, jf. Chartrets art. 52, stk. 3. Når der er tale om de såkaldte tilsvarende rettigheder, har Domstolen hidtil lagt en linje tæt op ad praksis fra EMD.<sup>229</sup> Hvorvidt forbuddet mod diskrimination på grund af handicap er en sådan tilsvarende rettighed ses endnu ikke slået fast, men der kan anføres argumenter herfor.

Det anføres i Forklaringer til Chartret,<sup>230</sup> at Chartrets art. 21, stk. 1 blandt andet bygger på art. 14 EMRK, og at

*”I det omfang [art. 21, stk. 1] falder sammen med artikel 14 i EMK, anvendes [art. 21, stk. 1] i overensstemmelse hermed.”*

Som nævnt refererer art. 14 EMRK ikke specifikt til handicap som beskyttelseskriterium. Af EMD's retspraksis kan man imidlertid udlede, at EMD har fortolket, at handicapbegrebet er omfattet af det generelle diskriminationsforbud i art. 14 EMRK.

Det fremgår af Forklaringer til Chartrets bemærkninger til art. 52, stk. 3, som omhandler de ”tilsvarende rettigheder”, at

*”Betydningen og omfanget af de sikrede rettigheder fastsættes ikke kun af teksten i disse instrumenter, men også af retspraksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og ved EU-Domstolen. ... Under alle omstændigheder må chartrets beskyttelsesniveau aldrig være lavere end EMK's.”*

En såkaldt tilsvarende rettighed er derfor ikke blot de specifikt nævnte grunde i art. 14, men også de grunde, som EMD i sin retspraksis har fortolket som omfattet af det generelle diskriminationsforbud. Man kan formentlig heraf udlede, at Chartrets forbud mod diskrimination på grund af handicap i dag kan anses for svarende til art. 14 EMRK med den konsekvens, at Domstolen er forpligtet til at beskytte mod handicapdiskrimination i samme omfang som EMD.

Signalværdien af Chartrets centrale placering samt forpligtelsen til at lade ”tilsvarende rettigheder” nyde samme grad af beskyttelse som EMD er to stærke momenter for, at Domstolen vil indtage Konventionen aktivt fremover.

## 2.6 Delkonklusion

Lisa Waddington anførte allerede i 2007, at det var tvivlsomt, hvordan *Navas* – så vidt dommen tages til udtryk for den medicinske model – passer ind i det større billede vedrørende handicapdiskrimination.<sup>231</sup> Denne betragtning må være så meget desto mere korrekt anno 2012, hvor billedet netop er blevet større i kraft af Konventionens ratificering. Allerede i 2008 tog Domstolen dog et skridt i retningen af anerkendelse af den sociale model med afgørelsen i *Coleman*. Beskyttelsen af personer, der blot har en tilknytning til handicap, er en tydelig bekræftelse af, at handicap skal ses som en social konstruktion. Det er diskrimination *på grund af* handicap, der er forbudt i konventionssammenhæng, hvorfor *Coleman* må anses for at være i tråd hermed.<sup>232</sup> De forskellige kriterier, der skal være opfyldt for, at en person kan anses som handicappet, blev dog

<sup>228</sup> Der er dog intet til hinder for, at der EU-retligt ydes en mere omfattende beskyttelse, jf. Chartret, art. 52, stk. 3.

<sup>229</sup> Fenger, s. 104.

<sup>230</sup> Forklaringerne har ikke i sig selv retskraft, men udgør et værdifuldt fortolkningsinstrument beregnet til nærmere præcisering af Chartrets bestemmelser, jf. indledningen til Forklaringerne.

<sup>231</sup> Waddington 2007, s. 492.

<sup>232</sup> EFC Report, s. 54.

ikke berørt i *Coleman*, hvorfor Domstolens samspil med Konventionen her fremstår som et uberørt område.

EU er nu part til Konventionen og hermed til et handicapbegreb, der følger den sociale model. Konventionen er et retligt forpligtende instrument for EU-rettens institutioner, herunder Domstolen. Domstolen må derfor fremover lade EU-regulering fortolke konventionskonformt. På samme måde skal medlemslande, der inkorporerer EU-retten i sine nationale retssystemer, sikre, at de overholder forpligtelsen til at sikre en rettighedsbaseret tilgang til handicapdiskrimination.

Som anført har flere EU-institutioner gentagne gange understreget ønsket om at fremme den sociale model i forhold til handicapbeskyttelse. Tilsvarende har EMD været meget aktiv i anvendelsen af Konventionen. Med *Cliffords* ord har EMD statueret et eksempel, som Domstolen bør følge.<sup>233</sup> Chartret nævner udtrykkeligt handicap som beskyttelseskriterium, og med Chartrets ophøjelse til traktatniveau er der sat øget fokus på diskriminationsbekæmpelse. Domstolen indtager generelt praksis fra EMD, og Domstolen er i medfør af Chartret forpligtet til at give de såkaldte tilsvarende rettigheder samme indhold som EMD.

Det er endnu uklart, hvor langt Domstolen vil strække sig for at fortolke Direktivet konventionskonformt. På baggrund af de ovenstående momenter må det anføres, at der består en forventning om samt en forpligtelse til, at Domstolen følger EMD's praksis og anvender Konventionen aktivt i fremtidig retspraksis.

### 3. Dansk regulering og praksis af betydning for fastlæggelse af handicapbegrebet

#### 3.1. Forskelsbehandlingsloven

Det følger af FBL's § 2, stk. 1, at en AG ikke må diskriminere lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- eller arbejdsvilkår.

Forbuddet mod diskrimination omfatter direkte og indirekte diskrimination, chikane samt instruktion om at diskriminere på grund af bl.a. handicap, jf. § 1, stk. 1. Forbuddet mod diskrimination på grund af handicap blev indsat i 2004 på baggrund af Direktivet.

Der findes ikke en formelt vedtaget definition af handicapbegrebet i Danmark. FBL indeholder heller ikke en definition af handicapbegrebet.<sup>234</sup> Det fremgår af regeringens høringsvar i forbindelse med lovforslaget, at der var delte meninger om, hvorvidt FBL burde indeholde en egentlig definition.<sup>235</sup> Størstedelen af de hørte, heriblandt handicaporganisationerne, var dog enige i, at man ikke skulle lovfæste en handicapdefinition.

Forarbejderne til FBL indeholder bidrag til fortolkning af begrebet. Ifølge lovforslagets bemærkninger opereres der i praksis med en relativ præcis opfattelse, som formuleres:

*"For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder*

---

<sup>233</sup> *Clifford*, s. 19

<sup>234</sup> I Tyskland valgte man ligeledes at udelade en lovfæstet definition af handicapbegrebet, da man implementerede direktivet med loven Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

<sup>235</sup> Høringsnotat til L92, s. 5

*et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation ...”*<sup>236</sup>

Definitionen er hentet fra et refleksionspapir udarbejdet i 2001 af Det Centrale Handicapråd (herafter ”DCH”), som er Folketingets og regeringens officielle rådgivningsorgan i handicappolitiske spørgsmål.<sup>237</sup>

Det fremgår af selve lovforslaget, at den citerede opfattelse er bygget på praksis fra social- og arbejdsmarkedslovgivningen.<sup>238</sup> Lovforarbejderne henviser nærmere bestemt til Beskæftigelsesindsatsloven og Lov om kompensation til handicappede i erhverv m.v.

Forarbejderne til FBL indeholder også en passus om, at det

*”... ikke er afgørende for beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap, at der er et konkret behov for kompensation.”*<sup>239</sup>

Denne tilføjelse kan ses som en anerkendelse af, at den social- og arbejdsmarkedsretlige lovgivning er kendetegnet ved, at den har som formål at yde kompensation til personer, som har et konkret behov herfor.<sup>240</sup> Henset til den politiske og socioøkonomiske kontekst, som lovgivning vedrørende ydelser til handicappede har, kan der i sådan lovgivning være behov for en særligt specificeret og noget snævert formuleret definition.<sup>241</sup> For at fordelingen af velfærdsgoder skal være rationel, må en sådan lovgivning nødvendigvis forudsætte et konkret behov.<sup>242</sup> Diskriminationslovgivning har derimod som formål at sikre et højt niveau af beskyttelse imod social eksklusion og diskrimination af personer med handicap.<sup>243</sup>

Som formuleret af *Degener*

*”Equal treatment as a right not a benefit should not be offered only to those in need but to all persons potentially effected by discrimination.”*<sup>244</sup>

Det er anført i retsteorien, at handicapbegrebet i en diskriminationssammenhæng på den baggrund skal formuleres langt mere inkluderende<sup>245</sup> - eller i hvert fald med en anden tilgang end den kompensationsbaserede praksisforståelse.<sup>246</sup>

Lovforslaget tager ligeledes afsæt i FN’s Standardregler fra 1993. Trods titlens umiddelbare ordlyd er Standardreglerne ikke retligt bindende, da der alene er tale om politisk forpligtende principper indeholdt i et folkeretligt soft law instrument.<sup>247</sup> FN’s Standardregler bygger på den miljøbestemte, sociale tilgang til handicapbegrebet, hvor der sigtes mod konsekvenserne af en persons funktionsnedsættelse. Når en persons funktionsnedsættelse hindrer deltagelse i samfundslivet på lige fod med andre, er der tale om et handicap.<sup>248</sup> Udarbejdelsen af konventionsbegrebet var stærkt

---

<sup>236</sup> Lovforslag L 92, Spec. Bem., § 1, nr. 2

<sup>237</sup> *Bengtsson, Bonfils og Olsen*, s. 33

<sup>238</sup> Lovforslag L 92, Spec. Bem., § 1, nr. 2

<sup>239</sup> Lovforslag L 92, Spec. Bem., § 1, nr. 2

<sup>240</sup> *Justesen*, s. 304

<sup>241</sup> *Gerards*, s. 128. Til sammenligning anvendtes der procentuelle grader af handicap i tysk socialret, hvor offentlige ydelser kun tilfaldt personer med en handicapgrad på over 50 %, jf. *Baer og Ketteler*, s. 3

<sup>242</sup> *Degener 2004*, s. 5

<sup>243</sup> *Gerards*, s. 128

<sup>244</sup> *Degener 2004*, s. 5

<sup>245</sup> *Gerards*, s. 128. Til sammenligning har den tyske føderale arbejdsdomstol afvist, at kun personer med en handicapgrad på over 50 % kunne støtte ret på direktivet, jf. BAG Urteil von 3. april 2007 samt fn. 241

<sup>246</sup> *Justesen*, s. 304-305; *Mortensen og Skarum*, s. 118

<sup>247</sup> FN’s Standardregler, pkt. 14; *Justesen*, s. 305

<sup>248</sup> FN’s Standardregler, pkt. 18

inspireret af FN's Standardregler, hvorfor der henvises til ovenfor i afsnit 2.3 for mere om det miljøbestemte handicapbegreb.

I FN's Standardregler anvendes ikke et begreb som kompensationsbehov. Såfremt det brede miljøbestemte handicapbegreb anvendes, må en person med en funktionsnedsættelse være beskyttet mod forskelsbehandling på grund af handicap fra det øjeblik, det viser sig, at funktionsnedsættelsen medfører et tab eller en begrænsning i muligheden for lige deltagelse.<sup>249</sup>

Det må *konkluderende* anføres, at en gennemgang af lovgivers intentioner med FBL viser, at der i en vis grad er tale om modstridende afgrænsninger af handicapbegrebet.<sup>250</sup> Det praksisbegreb, som der henvises til, er udtryk for et snævert kompensationsbaseret begreb, hvor henvisningen til FN's Standardregler er udtryk for et bredere miljømæssigt begreb, som understøttes af lovforslagets henvisning til, at det ikke er afgørende for beskyttelsen, at der består et konkret kompensationsbehov. Man kan beskrive de to forskellige omdrejningspunkter som udtryk for en sondring mellem ligebehandling gennem compensation eller ligebehandling gennem bekæmpelse af diskrimination.<sup>251</sup>

I forhold til Direktivet anføres det af *Waddington og Lawson*, at en mere restriktiv fortolkning af handicapbegrebet hentet fra den socialretlige arbejdsmarkedsgivning med overvejende sandsynlighed er i strid hermed.<sup>252</sup> Henvisningen til det praksisbegreb, som DCH har lagt til grund i sit refleksionspapir, er derfor ikke helt uproblematisk i et lovforslag, som vedrører diskriminationslovgivning. *Justesen* betegner denne henvisning i de danske lovforarbejder som unødigt forvirrende.<sup>253</sup>

Det er vigtigt at holde for øje, at lovgiver tilsigtede en "common sense"-tilgang og betragtede handicapbegrebet som et *dynamisk begreb* under udvikling, hvorfor man undlod at indsætte en egentlig definition i loven.<sup>254</sup> Senere tendenser er i den forbindelse interessante at tage med.

Beskæftigelsesministeriets vejledning om FBL,<sup>255</sup> som blev udsendt i 2006, henviser kun til FN-begrebet:

*"Den danske forståelse af begrebet i forskelsbehandlingsloven bygger på FN's Standardregler om lige muligheder for handicappede."*<sup>256</sup>

Beskæftigelsesministeriets vejledning henviser altså ikke til den såkaldte praksisforståelse. Vejledningen er en ikke-bindende administrativ retsakt, men forekommer i lyset af de indbyrdes modsætninger i FBL's forarbejder interessant.

I beslutningsforslaget vedrørende Danmarks ratifikation af Konventionen fremsat i 2009 er der ligeledes udeladt en henvisning til den såkaldte praksisforståelse:

*"Det anvendte handicapbegreb i Danmark tager afsæt i De Forenede Nationers standardregler om lige muligheder for handicappede, hvor betegnelsen "handicap" dækker over tab eller begrænsning af mulighederne for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. ... Dette miljørelaterede handicapbegreb*

<sup>249</sup> *Mortensen og Skarum*, s. 118-119

<sup>250</sup> *Justesen*, s. 305; *Schwarz og Hartmann*, s. 264

<sup>251</sup> *Mortensen og Skarum*, s. 123

<sup>252</sup> *Waddington og Lawson*, s. 5

<sup>253</sup> *Justesen*, s. 305-306

<sup>254</sup> Høringsnotat til L92, s. 5; *Justesen*, s. 305

<sup>255</sup> Vejledning 9237

<sup>256</sup> Vejledning 9237, afsnit 4, § 1, stk. 1

*er i overensstemmelse med beskrivelsen af personer med handicap i artikel 1 i konventionen.”<sup>257</sup>*

Uden at foregribe nedenstående gennemgang af retspraksis, kan der endvidere henvises til den standardformulering, som Ligebehandlingsnævnet (herefter ”LBN”) anfører i indledningen til en afgørelse. Formuleringen afspejler formentlig, hvad LBN som administrativt nævn anser som gældende ret. LBN henviser i disse standardformuleringer – næsten konsekvent – til den såkaldte praksisdefinition men også til forarbejdernes udtalelse om, at det ikke er afgørende, at der er et konkret kompensationsbehov. Nævnets betragtning afspejler derved en anden tendens end de politiske bemærkninger, som har taget tydeligere afstand til forarbejdernes praksisbegreb.

*Konkluderende* må det anføres, at forarbejderne til FBL anvender to referencepunkter, der ikke er indbyrdes forenelige. Henset til at handicapbegrebet er tiltænkt en dynamisk udvikling, er det ikke lovgivers intention, at lovforslagets skrevne ord skal tillægges afgørende vægt, når FBL’s handicapbegreb anno 2012 skal analyseres. Der er tendenser fra politisk hold på, at det snævre kompensationsbaserede begreb ikke skal ses som et væsentligt afsæt for FBL’s handicapbegreb, da man senere udelader henvisning hertil. Det er dog i sidste ende domstolens rolle at fortolke gældende ret, og nedenstående gennemgang af retspraksis skal søge at tydeliggøre, hvordan handicapbegrebet er blevet fortolket i dansk retspraksis.

## 3.2 Begrebets udstrækning i dansk nævns- og retspraksis

Der vil i nærværende afsnit inddrages afgørelser fra de danske domstole samt LBN. Der tages udgangspunkt i opsigelsessituationen, da det er den ansættelsesretlige beslutning, som i størst omfang er til bedømmelse i sager vedrørende handicapdiskrimination.

### 3.2.1 Vurderingstidspunkt

Sygdomstilstande er ofte en glidende overgang til at kunne betegnes som handicap, da lidelser kan udvikle sig over tid, både til det værre og til det bedre. Det er derfor af stor betydning at se på, hvornår retten foretager vurderingen af, om AT lider af et handicap i FBL’s forstand.

Det ansættelsesretlige udgangspunkt er, at man vurderer opsigelsens saglighed på opsigelses-tidspunktet.<sup>258</sup>

Den overvejende del af de foreliggende afgørelser fra domstolene og LBN præciserer ikke, om vurderingen foretages på baggrund af forholdene på tidspunktet for AT’s opsigelse eller forholdene på tidspunktet for rettens bedømmelse. I afgørelserne anvendes ofte en præsens-bøjning, der indikerer det sidstnævnte, se eksempelvis LBN 191/2011

*”... og nævnet vurderer på baggrund af de foreliggende lægelige oplysninger, at der **er** varige følger, som **medfører** begrænsninger i klagers muligheder for at varetage rygbelastende arbejde.”* (mine fremhævelser)

Endvidere kan LBN’s henvisning til ”i dag” i LBN 101/2011 referere til, at nævnet vurderer tilstanden på tidspunktet for nævnets bedømmelse:

*”Nævnet har lagt vægt på, at den eventuelle funktionsnedsættelse på langt sigt ikke med tilstrækkelig sikkerhed i **dag** kan anses for et handicap i lovens forstand...”* (min fremhævelse)

<sup>257</sup> Beslutningsforslag B 194, afsnit C.2., Art. 1

<sup>258</sup> Greisen 2012, s. 58

Ved gennemgang af den foreliggende praksis er det imidlertid muligt at konkludere, at vurderingstidspunktet er – i hvert fald overvejende – tidspunktet for opsigelse, hvilket der også henvises specifikt til i flere afgørelser.<sup>259</sup> Synspunktet støttes i juridisk litteratur.<sup>260</sup>

Det er imidlertid en vurdering, der inddrager samtlige oplysninger i sagen; før såvel som efter opsigelsen. Nedenfor i afsnit 3.2.3 er redegjort for, at efterfølgende lægeerklæringer bliver inddraget i væsentligt omfang og kan spille en væsentlig rolle i handicapvurderingen.

Som yderligere eksempel kan nævnes, at efterfølgende erhvervsmæssig beskæftigelse også kan spille en vis rolle i vurderingen af, om der er tale om et handicap.<sup>261</sup> De relevante afgørelser, der har inddraget dette moment,<sup>262</sup> henviser dog til, at handicapvurderingen er foretaget på opsigelsestidspunktet eller på baggrund af den handicappedes tilstand under ansættelsen. Det er dog ikke givet, at retten altid vil lade oplysninger om efterfølgende beskæftigelse indgå i sin bedømmelse.<sup>263</sup>

Endelig har to domme fra Sø- og Handelsretten anvendt en formulering, der adskiller sig fra andre afgørelser, i forhold til vurderingstidspunktet:<sup>264</sup>

*"Når de anførte omstændigheder sammenholdes med de foreliggende lægelige udtalelser, finder retten ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at [AT] **under sin ansættelse** hos [AG] havde en funktionsnedsættelse med et deraf affødt behov for kompensation."*<sup>265</sup> (Min fremhævelse)

Formuleringen "under sin ansættelse" kunne lyde som om, at vurderingen af AT's tilstand er en kontinuerlig proces under hele ansættelsesforløbet. En sådan fortolkning må dog afvises, og derfor må en anden formulering tilrådes, så det klart fremgår, at handicapvurderingen skal foretages på opsigelsestidspunktet.

Det er værd at bemærke, at handicapbegrebet lader sig adskille fra andre diskriminationskriterier, som lader sig konstatere på en mere objektiv måde. Hvor gammel en AT var, om vedkommende var gravid, eller hvilken nationalitet vedkommende havde på opsigelsestidspunktet, er vurderinger, som retten må foretage på afgørelsestidspunktet, men som ikke åbner op for inddragelse af andre omstændigheder end dem, som forelå på opsigelsestidspunktet. Handicapbegrebet er derimod ikke et entydigt begreb,<sup>266</sup> og domstolene skal træffe en langt mere skønsmæssig vurdering. I denne vurdering er tendensen i retspraksis, at efterfølgende oplysninger også inddrages. Begrundelsen er formentlig, at retten søger alle de oplysninger, der kan belyse, hvordan situationen så ud, da AT'en blev opsagt. Man kan indvende, at domstolene således nemt bliver efterrationaliserende, hvilket som AG kan virke kompromitterende ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt. En AG har således et mindre oplyst grundlag at træffe sin beslutning på.<sup>267</sup>

<sup>259</sup> ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12; ØLD 12/09-12; ØLD 29/06-11; U 2009.1966 V; VLD 01/10-07

<sup>260</sup> Greisen 2012, s. 58

<sup>261</sup> Schwarz og Hartmann, s. 278

<sup>262</sup> U 2009.2792 SH; U 2009.1966 V

<sup>263</sup> I U 2010.1748 V forelå der oplysninger om efterfølgende beskæftigelse, men retten henviste ikke hertil i sin bedømmelse

<sup>264</sup> U 2009.2792 SH; U 2009.1948 S

<sup>265</sup> U 2009.2792 SH

<sup>266</sup> Frederiksen og Krarup, s. 27

<sup>267</sup> For et tydeligt eksempel herpå, se U 2009.1948 S



### 3.2.2 Sondringen mellem en objektiv og subjektiv handicapvurdering

Man kan diskutere, om det er parternes subjektive vurdering af sagens oplysninger, der lægges til grund, eller om retten foretager en objektiv vurdering af forholdenes faktiske karakter i sin handicapvurdering.

Det er i dansk retsteori anført, at personer, der efter egen opfattelse er handicappede, må antages at være omfattet af lovens beskyttelse ud fra en formålsfortolkning.<sup>268</sup> *Frederiksen og Krarup* nævner som eksempel en stærkt vansiret person, der hverken har et konkret kompensationsbehov eller en egentlig funktionsnedsættelse.<sup>269</sup> I lovforslaget til FBL er der anført lignende betragtninger, men det anføres direkte, at man vil lade spørgsmålet stå åbent til domstolene.<sup>270</sup>

Der er blot få afgørelser, hvor *parternes opfattelse* af, om der er et handicap, bliver inddraget.

I ØLD 29/06-11 lagde landsretten vægt på, at det kunne konstateres, at begge parter havde en opfattelse af, AT havde et handicap på opsigelsestidspunktet. I afgørelsen gik retten dog ind og foretog en mere objektiv vurdering efterfølgende. Der blev ikke henvist direkte til lægelige oplysninger, men retten fastslog, at kravene om funktionsnedsættelse, varighed og kompensationsbehov var opfyldte.

I SHD 16/08-11 blev parternes subjektive opfattelse af handicapvurderingen tillagt betydelig vægt. AG'en havde afskediget sin ADHD-diagnosticerede advokatsekretær ud fra sin generelle opfattelse af folk med ADHD, og at han mente, at hun ikke ville kunne varetage sin sekretærrolle med sin diagnose. Retten fandt, at

*"... det må anses at være en konsekvens af det af [AG] anførte med hensyn til [AT's] reducerede muligheder for med ADHD-lidelsen at varetage sekretærfunktionerne på advokatkontoret, at [AT] også efter [AG's] standpunkt må anses for handicappet..."*

Det er så vidt vides den eneste dom, hvor en handicapvurdering udelukkende er blevet baseret på parternes subjektive opfattelse, og hvor den konkrete helbredstilstand ikke er dokumenteret på anden måde.

Ved gennemgang af foreliggende praksis, er det tydeligt, at det overvejende er *rettens vurdering af faktum*, der lægges til grund. Det er i tråd med, at efterfølgende oplysninger bliver inddraget i vurderingen, jf. nedenfor i afsnit 3.2.3.

LBN har endda foretaget den mere objektive prøvelse i en sag, hvor det forekommer ubestridt af sagens parter, at der var et handicap.<sup>271</sup> Landsretspraksis er dog ikke gået så vidt.<sup>272</sup>

En konsekvens af den objektive tilgang, som dansk praksis må tages til indtægt for, er, at tilfælde af såkaldt "formodet handicap" ikke er beskyttet. Det er de situationer, hvor AG har den opfattelse, at AT er handicappet, men hvor der reelt ikke eksisterer et handicap. Det falder derfor formentlig uden for nuværende praksisopfattelse, at en AG har formodet, at der var tale om en varig

<sup>268</sup> *Frederiksen og Krarup*, s. 28; Samme synspunkt findes i tysk retsteori om den tyske ligebehandlingslov AGG, der gennemfører direktivet, se *Baer og Ketteler*, s. 3 og *Schiek 2007*, s. 93

<sup>269</sup> *Baer og Ketteler*, s. 3, anfører, at en sådan person ikke er begrænset af en funktionsnedsættelse, men derimod begrænset af "kontekstfaktorer", som eksempelvis kan være den måde, hvorpå andre forholder sig til en person med vansir

<sup>270</sup> Lovforslag L 92, Spec.Bem., § 1, nr. 2

<sup>271</sup> LBN 276/2012

<sup>272</sup> VLD 25/03-11; U 2010.2610 V; U.2008.1450 Ø

funktionsnedsættelse med et affødt kompensationsbehov samt lagt vægt herpå i sin beslutning, men AT kan ikke dokumentere en varig funktionsnedsættelse, da en sådan ikke eksisterede.<sup>273</sup>

### 3.2.3 Funktionsnedsættelse

Det er en forudsætning for at være omfattet af FBL's handicapbegreb, at der foreligger en funktionsnedsættelse af enten fysisk, psykisk eller intellektuel karakter. Det er en juridisk vurdering, hvorvidt en person lider af en funktionsnedsættelse. Man må imidlertid konstatere, at *lægeerklæringer* spiller en afgørende rolle i bevisbedømmelsen af dette kriterium, hvorfor der er fokuseret herpå i nærværende afsnit.

I den overvejende del af afgørelserne på området anfører domstolene, at der er lagt vægt på sagens lægelige oplysninger. Der er ingen tvivl om, at det er af væsentlig – hvis ikke afgørende – betydning, at man kan dokumentere helbredstilstanden med en form for lægelig ekspertise. I U 2008.306 V bliver en for landsretten fremlagt lægeerklæring afgørende for, at landsretten kommer frem til, at der er en funktionsnedsættelse modsat byretten. Der er få domme, hvor der konstateres et handicap uden lægelig dokumentation for den konkrete helbredstilstand.<sup>274</sup>

Doms- og nævnsreferaterne henviser sjældent til, om det er alle fremlagte eller kun specifikke erklæringer, der er lagt vægt på. Både erklæringer fra før og efter opsigelsestidspunktet bliver inddraget. Nedenfor er skitseret tendenser på baggrund af praksis.

Såfremt lægedokumentationen er udarbejdet i en *kort tidsmæssig tilknytning til opsigelsen*, vil den formentlig blive lagt til grund uden problemer.

I U 2009.1966 V bliver der specifikt lagt vægt på to speciallægeerklæringer fra henholdsvis 9 og 4 måneder før opsigelse, hvor AT'ens prognose vurderes til god, og det forventes, at hun vil blive arbejdsfør og symptomfri på længere sigt. I LBN 105/2010 er det ligeledes en lægejournal, der lægges til grund ved bedømmelsen af, om AT's helbredsmæssige situation kan betegnes som varig. Journalen går knap 4 måneder forud for opsigelsen.

I LBN 224/2012 skete handicapvurderingen udelukkende på baggrund af de lægelige oplysninger. Der forelå en neuropsykologisk undersøgelse fra cirka 1 måned efter opsigelsen, hvori tilstanden blev fastslået som varig med mulige skånehensyn. I LBN 191/2011 blev en neurokirurgisk speciallægeerklæring afgørende for handicapvurderingen, og den var afgivet cirka 5 måneder efter opsigelsen.

Såfremt der er tale om en *lægeerklæring lang tid før opsigelsen* eller at *lægeerklæringen giver udtryk for en usikker prognose* eller *ikke dokumenterer tilstanden tilstrækkeligt*, får sagens faktiske oplysninger – ofte vedrørende AT'ens evne til at fuldføre sit arbejde – en afgørende betydning.

I Retten i Aalborgs dom af 30/03-12 lægger retten vægt på lægelige oplysninger, der lå som grundlag for tildeling af fleksjob. I anerkendelse af at opsigelsen finder sted syv år senere, inddrager byretten i sin vurdering også de faktiske oplysninger fra de mellemliggende år. Her påvises det, at hendes faktiske arbejdsopgaver fortsat var de i fleksjobbet beskrevne skånehensyn, samt at hun bliver sat ned i tid yderligere to gange, senest 2 år før afskedigelsen. Da de faktiske omstændigheder således bekræfter tilstandens fortsatte beståen, finder retten, at der er et handicap.

---

<sup>273</sup> Sml. Schwarz og Hartmann, s. 272 som anfører, at AG's viden om funktionsnedsættelsen ikke direkte har relation til definitionen af handicap, men det antages at smitte af på selve denne vurdering

<sup>274</sup> SHD 16/08-11; ØLD 26/08-10

Et andet tilfælde forelå i VLD 01/10-07, hvor retten specifikt refererer til, at der ikke foreligger lægeerklæringer til at belyse den aktuelle helbredstilstand på opsigelsestidspunktet. Der eksisterede "et hul" i oplysninger - fra en usikker prognose afgivet over 1 år før opsigelsen til en 2 år senere konstatering af, at AT'en ikke vil komme sig. Retten kigger derfor på de faktiske oplysninger om AT's arbejdsfunktioner og finder, at der ikke forelå problemer med at fuldføre disse.

Lægeerklæringer er vigtige, men faktiske oplysninger kan i sagens natur blive afgørende i forhold til at bekræfte eller afkræfte erklæringernes indhold.

Ikke kun lægejournaler bliver fremlagt som dokumentation for helbredstilstanden; også *helbredsrelaterede beviser* kan få afgørende betydning. Eksempelvis kan baggrunden for, at der er bevilliget fleksjob eller hjælpemidler, f.eks. personlig assistent, være med til at påvise funktionsnedsættelsen.<sup>275</sup> Også offentligt tilgængeligt materiale om sygdomsbeskrivelser er tillagt vægt i praksis. Hjemmesiden netdoktor.dk er eksempelvis blevet brugt som reference for generelle sygdomsbeskrivelser.<sup>276</sup> Sammenfattende må det anføres, at der er en *tydelig* tendens til, at handicapbegrebet forudsætter lægelig dokumentation for en omfattet tilstand.<sup>277</sup>

Man kan diskutere, om der skal foreligge en *endelig diagnose* eller ej.

I Retten i Helsingørs dom af 08/12-11 blev det slået fast, at den egentlige og endelige diagnose af AT'ens sklerose først forelå 3 måneder efter opsigelsen. Byretten foretog herefter en vurdering af, om der faktisk havde været en funktionsnedsættelse. Det var godtgjort, at AT'en havde problemer med den ene fod, men AT'ens kolleger havde intet bemærket for så vidt angik omfanget eller kvaliteten af AT'ens arbejdsindsats. Byretten fandt det derfor ikke bevist, at AT'en led af en funktionsnedsættelse.<sup>278</sup>

I LBN 275/2012 var der tale om en kvindelig dagplejer, hvis søn havde fået diagnosticeret aspergers syndrom. Retten betegnede aspergers syndrom som en *varig lidelse*. Diagnosen siger dog ikke nødvendigvis noget om den konkrete funktionsnedsættelse. Det fremgik af sagens oplysninger, at sønnen var velbehandlet, og retten fandt ikke, at der bestod en aktuell funktionsnedsættelse. Det er altså væsentligt at adskille diagnosens generelle karaktertræk fra den konkrete funktionsnedsættelse.

Retspraksis vedrørende diagnosticeret epilepsi og sklerose viser også, at resultatet af rettens handicapvurdering falder forskelligt ud trods den samme konstaterede diagnose.<sup>279</sup> Det er på den baggrund ikke muligt at opstille såkaldte positivlister, hvor en bestemt lidelse automatisk er omfattet af handicapbegrebet.<sup>280</sup> Det kan ikke afvises, at det kan spille en rolle, at der foreligger en endelig diagnose, men det er konstateringen af en faktisk funktionsnedsættelse, der er afgørende i handicapvurderingen.<sup>281</sup>

### 3.2.4 Varighedskriterium

Det fremgår ikke specifikt af det såkaldte praksisbegreb i FBL's forarbejder, at der skal være tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed. Domstolen fastslog i *Navas*, at det skal være sandsynligt, at lidelsen vil vare i lang tid.<sup>282</sup> Med ratifikationen af Konventionen, som udtrykkeligt om-

---

<sup>275</sup> ØLD 26/08-10

<sup>276</sup> LBN 275/2012

<sup>277</sup> *Greisen 2012*, s. 58

<sup>278</sup> Dommen stadfæstes for landsretten, jf. ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12, hvor det desuden blev udtalt, at man skal have en *kvalificeret* funktionsnedsættelse for at være omfattet af FBL

<sup>279</sup> Epilepsi: U 2010.2303 Ø og LBN 19/2010. Sklerose: ØLD 26/08-10 og U 2008.306 V

<sup>280</sup> *Schwarz og Hartmann*, s. 272

<sup>281</sup> ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12; LBN 275/2012

<sup>282</sup> Se afsnit 2.2.1.4

fatter "langvarige funktionsnedsættelser", bør det ikke længere give anledning til diskussion, at der kan opstilles et varighedskriterium. Det er imidlertid ikke givet, hvornår en given funktionsnedsættelse kan betegnes som varig.

Refleksionspapiret fra DCH anfører, at

*"Handicap er konsekvensen af en kronisk funktionsnedsættelse, som ikke lader sig behandle med helbredelse til følge."*<sup>283</sup>

I den sammenhæng er der to relevante landsretsdomme. I ØLD 29/06-11 fik AT'en efter sin operation indopereret et høreimplantat, der resulterede i forbedring af hendes hørenedsættelse. Lidelsens karakter var stadig kronisk efter rettens vurdering. I U 2010.2303 Ø anførte retten, at AT's epilepsi var en kronisk hjernesygdom, da han ikke vil kunne få tilbudt et kirurgisk indgreb. Der skete ikke egentlig helbredelse i nogen af sagerne, og rettens vurderinger er i den optik i overensstemmelse med DCH's synspunkt.

Man må dog indvende, at tilstanden ikke nødvendigvis skal være kronisk. Det er givet, at en forbigående tilstand ikke er omfattet, men man kan ikke deraf slutte, at tilstanden med sikkerhed skal være permanent.<sup>284</sup>

I ØLD 26/08-10 anvendtes eksempelvis formuleringen "... at der ikke er udsigt til forbedring af hendes tilstand" som udtryk for, at varighedskriteriet var opfyldt. LBN 105/2010 omhandlede en AT, som var blevet opereret for en skulderskade. I lægejournalen efter operationen var det anført, at det forventedes, at styrke og udholdenhed ville være genvundet i løbet af et års tid. Nævnet fandt, at tilstanden var af forbigående karakter og dermed ikke et handicap.

I LBN 19/2010 lagde nævnet vægt på, at AT'en forventede at være fri for fremtidige anfald trods sin konstaterede epilepsi. I den optik var AT'ens funktionsnedsættelse midlertidig.

Man kan sammenfattende af dansk nævns- og retspraksis udlede, at funktionsnedsættelsen skal være af en vis varighed, for at den er handicap i medfør af FBL.<sup>285</sup> Der opereres ikke med faste tidsrammer, hvor der opstilles krav om mindst et års varighed eller lignende. Som ved begrebets andre komponenter er der tale om en skønsmæssig vurdering, hvor man må se på de individuelle sygdomsmønstre.<sup>286</sup>

### 3.2.5 Kompensationsbehov

Den såkaldte praksisforståelse af handicapbegrebet forudsætter et kompensationsbehov.<sup>287</sup> Udover at være varig skal funktionsnedsættelsen altså afføde et behov for compensation, så AT'en kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.

Hverken Domstolen eller Konventionen opererer imidlertid med begrebet kompensationsbehov. Begrebet handicap er en funktionsnedsættelse, der i samspil med forskellige barrierer hindrer – eller blot kan hindre – fuld og effektiv deltagelse i samfundet på lige fod med andre.<sup>288</sup>

Det fremgår direkte af forarbejderne til FBL, at der ikke behøver at bestå et konkret behov for compensation.<sup>289</sup> Man kan se tendenser på, at nyere afgørelser ikke nødvendigvis opstiller et krav om kompensationsbehov for at anse lidelsen som et handicap i FBL's forstand. I flere afgørelser er

<sup>283</sup> Handicap og ligebehandling – et refleksionspapir, s. 7

<sup>284</sup> Frederiksen og Krarup, s. 28; Schwarz og Hartmann, s. 272

<sup>285</sup> Greisen 2012, s.21

<sup>286</sup> Schwarz og Hartmann, s. 272-273

<sup>287</sup> Afsnit 3.1

<sup>288</sup> Afsnit 2.2.1.2 og 2.3

<sup>289</sup> Lovforslag L 92, Spec.Bem., § 1, nr. 2

der i hvert fald ikke anvendt terminologien "kompensationsbehov".<sup>290</sup> Disse afgørelser kan muligvis tages til indtægt for, at man bevæger sig væk en retstilstand, der er centreret om et snævert kompensationsbehov. I den langt overvejende del af hidtidig dansk nævns- og retspraksis har det dog været afgørende, at der kunne påvises *et konkret kompensationsbehov*.<sup>291</sup>

En aktuell problemstilling drejer sig om, *hvilke foranstaltninger* man kan beskrive som kompenserende i FBL's forstand. Typiske kompensationsbehov, som er blevet anerkendt i retspraksis, består i ændrede arbejdsopgaver, arbejdstidsmønstre (f.eks. kun dagvagter) eller bevilling af en personlig assistent. Hvorvidt en *reduktion i arbejdstid* er omfattet af begrebet kompensationsbehov må på nuværende tidspunkt anses for uklart. Landsretspraksis har indtaget det synspunkt, at alene nedsættelse af arbejdstid ikke er et fornødent kompensationsbehov, for at betegne en AT som handicappet.<sup>292</sup> Der foreligger som nævnt i øjeblikket to danske, verserende sager for Domstolen.<sup>293</sup> De præjudicielle spørgsmål i sagerne omhandler netop denne problemstilling. Henset til at der kommer en afklaring inden for den nærmeste fremtid, vil problemstillingen ikke blive behandlet yderligere.<sup>294</sup>

En anden problemstilling drejer sig om afgrænsningen af kompensationsbehovets personelle sammenligningsgrundlag. Man skal vurdere AT's deltagelse i arbejdslivet set i forhold til "andre". Hverken det danske praksisbegreb eller konventionsbegrebet yder meget bidrag til fortolkningen. Spørgsmålet har ikke tiltrukket sig meget opmærksomhed, men det kan formentlig vise sig afgørende, når det skal vurderes, om der består et kompensationsbehov.

I flere afgørelser henvises der til AT's *hidtidige stilling* som sammenligningsgrundlaget.<sup>295</sup> LBN 302/2012 omhandler eksempelvis en AT med en øjenlidelse. Øjenlidelsen indebar en funktionsnedsættelse, der medførte, at klager ikke kunne udføre "... *en del af de funktioner, der var en naturlig del af hendes hidtidige arbejde*." Der ses på den konkrete stilling og de specifikke funktioner, som AT'en har varetaget.

Andre afgørelser henviser dog mere *generelt til sektoren*, hvor AT'en hidtidigt var beskæftiget.<sup>296</sup> I LBN 191/2011 havde AT'en været ansat som social- og sundhedshjælper i et af kommunens ældreafsnit. Nævnet beskrev sammenligningsgrundlaget som "... *på lige fod med andre medarbejdere i den kommunale ældrepleje*". Man kan muligvis udlede, at nævnet ikke så snævert på hidtidige konkrete funktioner, men på en mere generel stillingsbeskrivelse.

I andre afgørelser er der på den anden side tale om en mere specifik vurdering i forhold til AT's *kolleger i det hidtidige job*.<sup>297</sup> Nogle af afgørelserne kan formentlig tages til indtægt for samme vurdering, som hvis man havde skrevet "den hidtidige stilling".

I U 2008.306 V var det imidlertid tydeligt, at AT's resultater blev sammenlignet med to arbejdskolleger i bedømmelsen af, om der bestod et kompensationsbehov:

*"Det må efter det foreliggende talmæssige materiale om det gennemsnitlige antal point/møder og syge- og fridage i 2004/2005 for [AT] og to andre ansat-*

<sup>290</sup> U 2010.1748 V, Retten i Randers' dom af 12/03-09; LBN 302/2012; LBN 104/2011; LBN 30/2011

<sup>291</sup> Schwarz og Hartmann, s. 272

<sup>292</sup> U 2008.306 V; VLD 01/10-07

<sup>293</sup> Se afsnit 2.2

<sup>294</sup> For yderligere diskussion se bl.a. Frederiksen og Krarup, s. 31-32, Greisen 2008 samt for en kritisk tilgang Wiederholt

<sup>295</sup> U 2009.1948 S; Retten i Aalborgs dom af 30/03-12; LBN 104/2010

<sup>296</sup> LBN 342/2012; LBN 224/2012

<sup>297</sup> ØLD 26/08-10

*te lægges til grund, at [AT's] arbejdsresultater i [AG] indtil få måneder før opsigelsen ikke har adskilt sig væsentligt fra de to andres."*

Det må betegnes som en meget snæver sammenligning, hvor der lægges vægt på resultater fremfor funktioner, hvilket ikke umiddelbart er overensstemmende med idéen om lige deltagelse på arbejdsmarkedet. Det er ydermere medarbejderens to specifikke kolleger, der sammenlignes med, hvilket kan forekomme som en arbitrær sammenligning.

Der bør formentlig anlægges en mere generisk vurdering af arbejdsfunktioner, således at der ikke sammenlignes med den konkrete kollegas kompetencer eller niveau. Det kan enten være på baggrund af den stilling, som en AT bestred ved afskedigelsen,<sup>298</sup> eller hvad der generelt må gælde for erhvervsområdet, hvor AT'en var beskæftiget på afskedigelsestidspunktet.

Af praksis fremgår det desuden, at det er fornødent, at det er *en del af funktionerne*, der ikke længere kan udøves. Det skal formentlig være et bortfald af en "naturlig del" af arbejdsfunktionerne, men ikke nødvendigvis en væsentlig del.<sup>299</sup> Det er tvivlsomt, om der hermed sigtes til, at der er en bagatelgrænse, hvor et bortfald af perifære arbejdsfunktioner ikke kan anses for at af føde et kompensationsbehov.

Endvidere kan det konkluderes, at det er begrænset deltagelse *på arbejdsmarkedet*, der er om drejningspunktet. Dermed forekommer det naturligt, at kompensationsbehovet skal være i tilknytning til erhvervsudøvelse og ikke til privatsfæren.<sup>300</sup> Der er da også kun én afgørelse, der afviger fra det synspunkt ved at anerkende, at et behov for medicinering var tilstrækkeligt.<sup>301</sup>

### 3.2.6 Delt bevisbyrde

FBL § 7a bestemmer

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

Den delte bevisbyrde er indført på baggrund af Direktivets art. 10, hvis formål er at lempe beviskravene for AT. Bevisbyrdereglen udspringer dog af noget mere generelt; nemlig en effektiv gennemførelse af princippet om ligebehandling,<sup>302</sup> og den delte bevisbyrde er rodfæstet i den EU-retlige diskriminationslovgivning.<sup>303</sup> Det er overladt til domstolene at vurdere, hvornår en AT har påvist faktiske omstændigheder ud fra princippet om den frie bevisbedømmelse.<sup>304</sup> Det skal dog være under hensyntagen til, at Direktivets formål er at forskyde bevisbyrden mellem parterne.<sup>305</sup>

Det er diskrimination, såfremt AG's opsigelse blot *delvist* er begrundet i handicap. En naturlig følge heraf er, at AT har løftet sin bevisbyrde, såfremt AG blot delvist henviser til AT's handicap eller sygefravær i begrundelsen.<sup>306</sup> Hvis henvisningen til AT's sygefravær sker i en *afledt beslutning*, kan dette også være en faktisk omstændighed. I LBN 276/2012 klagede AT over, at hendes stilling blev forflyttet til en anden kommune. Forflyttelsen indebar, at hun blev nødt til at rejse

<sup>298</sup> Sml. Greisen 2012, s. 58

<sup>299</sup> Retten i Aalborgs dom af 30/03-12 anvender dog begrebet "betydelig begrænsning"

<sup>300</sup> For samme synspunkt, se Greisen 2012, s. 58-59

<sup>301</sup> SHD 16/08-11

<sup>302</sup> Direktivet, præambel betr. 31

<sup>303</sup> Direktivet om Bevisbyrde i Ligestillingssager; Det etniske ligebehandlingsdirektiv, art. 8

<sup>304</sup> Nielsen 2012, s. 420

<sup>305</sup> Direktivet, præambel betr. 31

<sup>306</sup> ØLD 26/08-10; LBN 104/2010

med transportmidler. Hendes handicap var dog ikke foreneligt hermed, og hun måtte sygemelde sig. AG afskedigede hende på grund af sygefraværet. Det var beslutningen om forflyttelse, der var påklaget, men forflyttelsen havde affødt en afskedigelse begrundet i sygefravær. Det var formentlig begrundelsen i den afledte beslutning, der gjorde, at AT havde løftet sin bevisbyrde.

Det skal desuden anføres, at det faktum, at AT har et konstateret handicap, ikke i sig selv indebærer, at AT har løftet sin bevisbyrde.<sup>307</sup> Det er på samme måde ikke fornødent at påvise, at man har et barn med et handicap.<sup>308</sup> AT må kunne pege på kvalificerende omstændigheder, da det i andet fald ville være illusorisk at kalde det en delt bevisbyrde.<sup>309</sup> Det må formodes, at jo mere AT kan sandsynliggøre, des mere må AG skulle dokumentere opsigelsens saglighed.

Det kan formentlig også spille ind på intensiteten af AT's pligt til at påvise faktiske omstændigheder, hvorvidt sagen foreligger for *nævnet eller domstolene*. Forklaringen herpå er, at nævnet er et administrativt klageorgan og som del af forvaltningen undergivet officialprincippet. Nævnet har således pligt til at oplyse sagen i tilstrækkeligt omfang, før der kan træffes afgørelse i en sag. Både retlige såvel som faktiske forhold er omfattet heraf. Prøvelsen adskiller sig derfor fra domstolene, der som udgangspunkt anvender forhandlingsmaksimen. Det indebærer, at det er op til parterne selv at henlede opmærksomheden på retlige og faktiske forhold, samt at domstolene kun kan tage stilling til de påstande og anbringender, som parterne gør gældende.<sup>310</sup>

Domstolene fokuserer som udgangspunkt på *begrundelsen*, som AG har givet AT i forbindelse med opsigelsen.<sup>311</sup> Flere afgørelser præciserer ikke, hvorvidt eller på hvilket grundlag der er påvist faktiske omstændigheder. Såfremt retten vurderer, at det er AG's bevisbyrde, er det muligt at lægge til grund, at AT har løftet sin bevisbyrde.

Det er muligt at udlede nogle tendenser på baggrund af foreliggende nævns- og retspraksis.

I situationer, hvor AG *slet ikke har givet en begrundelse*, er det naturligvis ikke muligt at udlede noget af begrundelsen. Der er derfor tale om en modifikation til udgangspunktet. En nær tidsmæssig sammenhæng kan i den situation udgøre en faktisk omstændighed, der giver anledning til at formode, at AG har diskrimineret på grund af handicap. I hvert fald når det kan dokumenteres, at der kun går en dag fra AG bliver bekendt med AT's handicap, indtil han beslutter at opsiges AT.<sup>312</sup>

Hvis begrundelsen begrundes *i selve lidelsen eller handicappet*, er der påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at AG har diskrimineret på grund af handicap.<sup>313</sup> En sådan begrundelse skaber formodning for direkte diskrimination.<sup>314</sup>

Ikke sjældent henviser AG til AT's *sygefravær eller manglende funktioner* som begrundelse for opsigelsen. I tilfælde, hvor sygefraværet eller de manglende funktioner har en tilknytning til handicappet, er der påvist faktiske omstændigheder.<sup>315</sup> Det kan eksempelvis bestå i en henvisning til en lærers manglende mulighed for at talekorrigere sine elever i en situation, hvor læreren lider af

---

<sup>307</sup> LBN 241/2012

<sup>308</sup> Retten i Århus' dom af 21/05-12

<sup>309</sup> FRA Handbook, s. 124: "sufficient evidence"

<sup>310</sup> Retsplejeloven, § 338

<sup>311</sup> Nielsen 2012, s. 354

<sup>312</sup> U 2010.2610 V som omhandler AT's handicappede barn, men princippet må kunne overføres til situationen, hvor AT selv lider af et handicap.

<sup>313</sup> U 2010.2303 Ø; ØLD 29/06-11; U 2009.1948 S; U 2008.1450 Ø; LBN 104/2011; Greisen 2012, s. 58

<sup>314</sup> LBN 104/2011; Justesen, s. 303; Nielsen 2012, s. 427; Se nærmere i afsnit 3.2.7.2

<sup>315</sup> ØLD 26/08-10; U 2010.1748 V; LBN 342/2012; LBN 224/2012; LBN 191/2011

en hørebedømmelse.<sup>316</sup> Man kan anføre, at begrundelsen indirekte er begrundet i handicapet. Hvor det kan dokumenteres, at sygefraværet skyldes en sygdom, der ikke har sammenhæng med handicapet, er der dog ikke nødvendigvis påvist faktiske omstændigheder.<sup>317</sup>

AG's viden om årsagen til fraværet - eller mangel på samme - ses ikke at have spillet en rolle i bevisvurderingen på dette stadie. Det er interessant set i forhold til, at denne problemstilling ændrede sig på baggrund af ny højesteretspraksis for så vidt angår graviditetsbetinget sygefravær.<sup>318</sup> På handicapområdet ville en sådan retsstilling indebære, at afskedigelsen er retsstridig, allerede såfremt AT kan bevise, at sygefraværet skyldes handicap. Der er tale om et objektiveret ansvarsgrundlag, hvor AG's viden eller ikke-viden er uvedkommende for bedømmelsen. Hvorvidt retspraksis vil bevæge sig hen imod en retsstilling på linje med den, der gælder for graviditetsbetinget fravær, er endnu uvist. Man kan formentlig ikke drage enkle analogslutninger på tværs af beskyttelseskriterier. Det forventes, at der vil blive kørt sager herom i fremtiden.

En anden hyppig årsag til opsigelse er AG's *driftsmæssige situation*, hvor eksempelvis et fald i omsætning kan føre til, at AG er nødt til at opsig medarbejdere. Umiddelbart giver en sådan begrundelse ikke anledning til at formode, at der er udøvet diskrimination. Derfor må det i disse situationer kræves, at AT kan påvise indikationer på, at AG har givet en skinbegrundelse, kunne afskedige en anden AT eller kunne have omplaceret AT. Såfremt det blot er en løst funderet påstand om diskrimination, har AT ikke løftet sin del af bevisbyrden.<sup>319</sup> Nævnet eller retten foretager dog næsten altid en vis prøvelse af AG's begrundelse i disse situationer – om end med varierende intensitet.

Når AG har begrundet opsigelsen med et *behov for besparelser*, og AT har kvalificerede indsigelser til afskedigelsen, så efterprøver retten den økonomiske situation i virksomheden.<sup>320</sup> AG må ligeledes kunne dokumentere, at *AT's stilling reelt er bortfaldet*, såfremt det er årsagen til opsigelsen. I LBN 243/2012 havde AT argumenteret for, at de bortfaldne opgaver ikke var indholdet af hans stilling, og opgaverne fremgik da heller ikke af hans ansættelsesbrev. Nævnet kom dog til den konklusion, at opgaverne udgjorde en væsentlig del af hans arbejde. Afgørelsen illustrerer i øvrigt, at det ikke nødvendigvis skal være hele stillingen, som bortfalder, for at AG har haft en saglig grund til afskedigelsen – en væsentlig del af AT's opgaver må anses for fornødent.<sup>321</sup>

U 2010.2610 V omhandler en situation, hvor virksomheden kunne godtgøre, at der var et behov for besparelser. Dog blev dette ikke anført i opsigelsens begrundelse, og retten fandt, at der var tale om en efterrationalisering. Hvis virksomhedens økonomiske situation har været årsagen, skal den anføres fra starten.

Selv hvor der er konstateret et behov for besparelser, prøver retten i nogle tilfælde, om *der var andre løsninger end at fyre AT'en*. Såfremt opsigelse af personale fremstår som en rimelig og saglig besparelsesmetode, vil retten formentlig ikke tilsidesætte AG's skøn.<sup>322</sup>

Det kan være, at der var *andre AT'ere, der kunne afskediges*. Det følger af den almindelige ledelsesret, at AG leder og fordeler arbejdet. I en besparelssituation indebærer ledelsesretten, at AG må skønne over, hvilke funktioner arbejdspladsen bedst kan undvære – især i forhold til at "frem-

---

<sup>316</sup> LBN 188/2011

<sup>317</sup> LBN 222/2012, hvor sygefraværet skyldtes stress, som ikke i sig selv kunne anses for et handicap

<sup>318</sup> U 2012.1782H

<sup>319</sup> LBN 238/2012 hvor AT kun henviste til hendes "fornemmelser og indtryk", uden at der kunne påvises mere håndgribelige omstændigheder; LBN 241/2012

<sup>320</sup> LBN 30/2011

<sup>321</sup> Retten i Aalborgs dom af 30/03-12

<sup>322</sup> Retten i Aalborgs dom af 30/03-12



tidssikre" virksomheden – og AG er generelt set overladt et bredt skøn.<sup>323</sup> Østre Landsret har fundet, at såfremt opsigelsen er objektivt begrundet i et sagligt formål, kan AG afskedige en AT, der grundet sit handicap er mindre fleksibel i arbejdets udførelse end sine kolleger.<sup>324</sup> I LBN 30/2011 kunne AG argumentere for, at AT'en var den mindst egnede til arbejdspladsens fremtidige arbejdsopgaver, og AT'en var ikke kommet med indsigelser, der gav nævnet grund til at tilsidesætte AG's skøn.

I forbindelse med *større afskedigelsesrunder*, giver gennemgang af praksis det indtryk, at AG er overladt et større skøn i forhold til afskedigelsens saglighed, og prøvelsens intensitet er tilsvarende mindre, forudsat at udvælgelsen af AT'ere er sket på baggrund af objektive og saglige kriterier.<sup>325</sup> Man kan også formulere det som en formodningsregel - altså at gennemførelse af en større afskedigelsesrunde er en omstændighed, der skaber formodning for, at afskedigelsen er begrundet i virksomhedens økonomiske forhold.

Selv hvor afskedigelse var sagligt begrundet, må AG kunne godtgøre, at det ikke var muligt at omplacere AT. I LBN 302/2012 var en kommune pålagt nedskæringer, hvilket førte til lukning af et kommunalt dagcenter. Alle medarbejdere i dagcentret blev sagt op. Kommunen havde omplaceret to ud af fem medarbejdere i et andet dagcenter, hvor de ikke ville påføre det andet dagcenter merudgifter. Kommunen havde foretaget og kunne dokumentere fornuftige omplaceringsbestræbelser. Når en AG kan påvise sine rimelige omplaceringsbestræbelser, er der ofte ikke grundlag for at tilsidesætte AG's skøn af, at det var nødvendigt at afskedige AT'en.<sup>326</sup>

### 3.2.7 "Bærere" af beskyttelseskriteriet

Domstolen fastslog i *Coleman*, at Direktivets beskyttelse i visse tilfælde kan udstrækkes til andre end den handicappede selv.<sup>327</sup> Forbuddet mod direkte diskrimination og chikane omfatter den AT, som er blevet diskrimineret på grund af et handicap hos den pågældendes barn, og som yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for. AT bliver "bærer" af beskyttelseskriteriet.<sup>328</sup>

Flere afgørelser vedrørende "tilknyttede" personer har efterhånden været afgjort ved de danske domstole og LBN. Det er i den forbindelse interessant at se på, i hvilket omfang dansk praksis har lagt sig på linje med *Colemans* konkrete præmisser. Først undersøges den såkaldte plejeforpligtelse og dernæst sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination.

#### 3.2.7.1 Barnets plejebehov

Det skal først undersøges, hvorvidt plejeforpligtelsen skal anses som et selvstændigt kriterium i lovens anvendelsesområde for beskyttelsen af "tilknyttede" personer. I den ene ende af skalaen kunne man forestille sig, at selve tilknytningen til en person med et handicap var fornødent – uden at stille nærmere personelle kriterier op om, at det skulle være vedkommendes barn.<sup>329</sup> Modsat kunne man læse præmisserne mere snævert og opstille to kumulative krav – at AT'ens barn har et handicap, samt at vedkommende AT yder hovedparten af barnets pleje.<sup>330</sup>

<sup>323</sup> ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12; Retten i Aalborgs dom af 30/03-12; LBN 255/2012; LBN 191/2011; LBN 189/2011

<sup>324</sup> U 2008.1450 Ø

<sup>325</sup> LBN 241/2012; LBN 191/2011; LBN 30/2011

<sup>326</sup> Retten i Aalborgs dom af 30/03-12; LBN 243/2012; LBN 189/2011

<sup>327</sup> Afsnit 2.2.2

<sup>328</sup> Schwarz og Hartmann, s. 258

<sup>329</sup> EFC Report, s. 54

<sup>330</sup> Geisen 2012, s. 51

To landsretsdomme har omhandlet beskyttelsen af "tilknyttede" personer.<sup>331</sup> Begge omhandlede alenemødre med børn under 18 år. Hvorvidt moderen ydede hovedparten af barnets pleje blev ikke bestridt, og kriteriet blev heller ikke nævnt – forbigået om man vil – i rettens præmisser, der kun nævnte selve handicapkriteriet.<sup>332</sup>

Retten i Århus tog for nyligt stilling til en sag, hvor der var tale om en voksen handicappet datter til en AT, som påberåbte sig beskyttelsen i FBL.<sup>333</sup> Da AT'en blev afskediget, havde den 22-årige datter boet alene i fire år. Retten lagde tilsyneladende vægt på, at datteren ikke havde været hjemmeboende i en lang periode, hvilket er interessant, idet datteren end ikke havde boet hos den pågældende AT på noget tidspunkt. Man kan heraf udlede, at barnets alder samt sondringen mellem ude- og hjemmeboende formentlig kan være udslagsgivende for, hvorvidt der eksisterer et "plejebehov".

Byretten valgte i øvrigt ikke at anvende begrebet "yder hovedparten af plejebehovet", men formulerede sig således:

*"... finder retten ikke, at [AT] kan betragtes som den primære omsorgsperson for datteren på en sådan måde, at han er beskyttet af forskelsbehandlingsloven."*

Det lader sig formentlig mere objektivt manifestere, hvorvidt en person yder hovedparten af et plejebehov; f.eks. antal timers pleje, antal hospitalsbesøg eller institutionsanbringelse. Begrebet omsorgsperson relaterer sig derimod i højere grad til en følelsesmæssig tilstand,<sup>334</sup> hvor tilknytningen til henholdsvis en forælder eller pædagog på en institution skal undergives en langt mere subjektiv bedømmelse. Dette følelsesmæssige aspekt ses ikke umiddelbart forudsat ved *Coleman*, og byrettens valgte formulering er snarere en diffus udvidelse eller ændring af begrebet end et skridt i retningen af et klart anvendelsesområde for "tilknyttede" personer. Dommen understreger dog, at det udgør et selvstændigt kriterium, at AT'en indtager en speciel rolle i forhold til barnets behov, for at AT'en kan påberåbe sig FBL's beskyttelse.

LBN 101/2011 konfirmerer ligeledes, at pasningsforpligtelsen skal anses som et selvstændigt kriterium, idet afgørelsen gentager *Colemans* præmisser. Nævnet anfører, at det skal være *bevist*, at diskriminationen skyldes et handicap hos AT'ens barn, og vedkommende AT yder hovedparten af barnets pleje. Formodentlig er det udelukkende den udøvede diskrimination, der skal være bevist og ikke pasningsforpligtelsen, jf. den nedenstående byretsdom.

Retten i Koldings dom af 20/03-12 omhandlede en kvindelig AT, der var alenemor til fire børn. Hun var på orlov, fordi hun havde problemer med at finde pasning til sin yngste søn, som var handicappet. Sønnen fik under hendes orlov en plads på en døgninstitution, men det var hendes AG ikke bekendt med, og AG'ens afskedigelse efter orlovens udløb var begrundet i AT's *formodede* pasningsproblemer.

Selve vurderingen af, om der er et handicap, er som oftest en objektiv vurdering, hvor AG's viden/ikke-viden ikke spiller ind på rettens vurdering.<sup>335</sup> Denne dom viser dog, at kriteriet om pasningsforpligtelsen ikke nødvendigvis er underlagt samme vurdering. Afgørende for byretten var AG's subjektive opfattelse af, at moderen fortsat varetog sønnens pleje i hjemmet. Det er bemærkelsesværdigt, at det ene kriterium ikke lader sig influere af viden/ikke-viden, mens det an-

<sup>331</sup> ØLD 12/09-12; U 2010.2610 V

<sup>332</sup> Se også LBN 238/2012

<sup>333</sup> Retten i Århus' dom af 21/05-12

<sup>334</sup> Den danske ordbogs angivelse af betydningen af ordet omsorg: "(følelse bag) kærlig, hensynsfuld eller omhyggelig behandling eller pleje". Kilde: <http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=omsorg>

<sup>335</sup> Se afsnit 3.2.2

det kriterium gør. Man kan anføre, at når der udover handicapkriteriet består "et ekstra kriterium", kan AG's viden/ikke-viden spille ind på selve anvendelsesområdet for FBL.

Overordnet set konfirmerer afgørelserne den retstilstand, som *Coleman* introducerede. Dansk praksis har lagt sig tæt op ad Domstolens præmisser, og der er ikke tegn på en bredere beskyttelse, der eksempelvis kunne basere sig på tilknytning til en handicappet partner eller andet familiemedlem.

### 3.2.7.2 Sondringen mellem direkte og indirekte diskrimination

Dansk praksis vedrørende handicapdiskrimination kan samlet set ikke tages til indtægt for en klar sondring mellem henholdsvis direkte og indirekte diskrimination. Der henvises ofte blot til "forskelsbehandling" som overordnet begreb, og faktum kvalificeres ikke tydeligt.

Det er dog vigtigt at understrege, at der inden for det direktivregulerede område er tale om et fælles begrebsapparat med hensyn til formerne for diskrimination.<sup>336</sup> Direkte diskrimination i nærværende sammenhæng skal derfor formentlig ses som en binær regel. En binær regel foreligger, når diskrimination er forbudt som følge af konstateringen af et givent retsfaktum.<sup>337</sup> Man skal derfor ikke ind i en afvejning af, om der forelå legitime eller saglige begrundelser for den konkrete diskrimination.<sup>338</sup> I handicaptilfælde betyder det, at en afskedigelse, som er sket på grund af et handicap, aldrig vil kunne være saglig.<sup>339</sup>

Det er imidlertid vigtigt at slå fast, at domstolsafgørelser såvel som nævnspraksis anvender en formodningsregel i tilfælde af direkte diskrimination.<sup>340</sup> På grund af reglen om delt bevisbyrde har AG en mulighed for at afkræfte formodningen ved at bevise, at afskedigelsen skyldes andre lovlige kriterier end det pågældende diskriminationskriterium.<sup>341</sup> En afskedigelse begrundet i handicap medfører dermed ikke automatisk en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, da AG har mulighed for at modbevise, at det relevante retsfaktum er til stede.<sup>342</sup>

Der skal i nærværende afsnit undersøges, om dansk ret har lagt sig på linje med *Coleman* og kun beskytter mod "direkte diskrimination", eller om praksis har valgt at udvide beskyttelsen af "tilknyttede" personer mod indirekte diskrimination. Da der er tale om et minimumsdirektiv, er der intet til hinder for, at national ret har en praksis, der yder øget beskyttelse.<sup>343</sup>

I en nyligt afsagt landsretsdom<sup>344</sup> fandtes AT ikke at have påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at AG's handlinger var udtryk for diskrimination eller chikane. AG's påstand om frifindelse blev derfor taget til følge. Retten vælger en formulering, der afviser både formodning for direkte og indirekte diskrimination. Man kan heraf udlede, at retten ikke klart

<sup>336</sup> Afsnit 2.1; *Andersen, Nielsen og Precht*, s. 43; *Nielsen 2012*, s. 421

<sup>337</sup> *Nielsen 2010*, s. 277, se også afsnit 2.2.2.1

<sup>338</sup> Modsat *FRA Handbook*, s. 126 samt LBN 255/2012: Afgørelsen er en "allerede fordi"-afgørelse. Nævnet fandt, at AG havde bevist, at der lå saglige hensyn til grund for afskedigelsen af AT. Hermed fandt retten det tillige bevist, at afskedigelsen ikke var helt eller delvist begrundet i AT's barns forhold; altså en henvisning til direkte diskrimination

<sup>339</sup> Vejledning 9237. Undtaget er dog tilfælde af ikke-sammenlignelige situationer, positiv særbehandling og mangel på et "ægte erhvervsrelevant kriterium", jf. *Nielsen 2010*, s. 277 samt *FRA Handbook*, s. 126

<sup>340</sup> Det gælder alle tilfælde af handicapdiskrimination og ikke kun sager vedrørende "tilknyttede" personer, se fx U 2008.1450 Ø

<sup>341</sup> *Nielsen 2010*, s. 427

<sup>342</sup> LBN 104/2011

<sup>343</sup> Direktivet, art. 8, stk. 1

<sup>344</sup> ØLD 12/09-12

afviser, at forbuddet mod indirekte diskrimination kunne gælde i situationer, som omhandler "tilknytningshandicap".

I U 2010.2610 V var AG's opsigelse af en kvindelig AT med et handicappet barn ikke ledsaget af en begrundelse. Det vil sige, at der ikke blev henvist direkte til barnets handicap, men at der på den anden side heller ikke blev henvist til nogle objektive eller neutrale kriterier, som ramte moderen uforholdsmæssigt, da hun havde et handicappet barn. Der blev i afgørelsen blot henvist til, at hun var blevet forskelsbehandlet, men formen kvalificeredes ikke nærmere.<sup>345</sup> Situationen kan formentlig indeholdes i begrebet "direkte diskrimination", da omstændighederne gav anledning til at formode, at AG'en lagde vægt på selve handicappet, da han besluttede sig for at afskedige AT'en.<sup>346</sup> Fokus var på AG'ens intentioner, som er hensigten med forbuddet mod direkte diskrimination. Vestre Landsrets dom er derfor blot en konfirmering af *Coleman*, om end det kunne have været mere tydeligt, såfremt man havde kvalificeret den form for diskrimination, som AT'en var blevet udsat for.

Flere afgørelser henviser imidlertid til, at beskyttelsen kun gælder i tilfælde, hvor AT har påvist omstændigheder, der giver anledning til at formode, at AG har udøvet direkte diskrimination.<sup>347</sup>

LBN 238/2012 kan ligeledes tages til indtægt for et synspunkt om direkte diskrimination med sin henvisning til, at barnet skal være hel eller delvis årsag til opsigelsen. Nævnet lader yderligere forstå, at direkte diskrimination både kan være på baggrund af grunde, som bliver meddelt i en opsigelse eller i AG's øvrige handlinger. Dette stemmer overens med, at man i dag – modsat tidligere – lader tilfælde af "åben" såvel som "skjult" diskrimination være omfattet af begrebet direkte diskrimination.<sup>348</sup>

*Konkluderende* anføres det, at dansk praksis ikke har udvidet beskyttelsen af "beskyttelsesbærere" til tilfælde af indirekte diskrimination. Beskyttelsen er forbeholdt tilfælde af direkte diskrimination, forstået som situationen, hvor handicappet har været årsag til afskedigelsen.

### 3.3 Delkonklusion

Forarbejderne til FBL indeholder modsatrettede afgrænsninger af handicapbegrebet, da der både henvises til en praksisforståelse som udtryk for et kompensationsbetinget begreb og til et bredere miljøbestemt begreb. Det kan derfor ikke undre, at der ikke i retspraksis er tegnet et entydigt billede af, hvad man forstår ved FBL's handicapbegreb.

Hvorvidt en AT lider af et handicap er resultatet af en konkret vurdering. Man har afholdt sig fra at opstille såkaldte positivlister, hvor en bestemt diagnose medfører automatisk handicapstatus. Det er i tråd med den miljøbestemte sociale model, som netop forudsætter, at et handicap er et dynamisk begreb under konstant udvikling.

I dansk praksis inddrages alle sagens omstændigheder i vurderingen, som oftest fremstår som en objektiv vurdering, hvor det er rettens – og ikke parternes egen – opfattelse af, hvorvidt en AT er handicappet, der lægges til grund. Hvor det miljøbestemte begreb har sit fokus på den diskriminerende handling, har dansk praksis primært rettet sit fokus på selve konstateringen af en funktionsnedsættelse samt varigheden heraf. Man kan på den baggrund tale om en medicinsk tilgang til handicapbegrebet hos de danske domstole.<sup>349</sup>

<sup>345</sup> Vestre Landsret tiltræder Retten i Sønderborgs dom af 09/09-09 med de af byretten anførte grunde

<sup>346</sup> *Greisen 2012*, s. 51 anfører, at det fremgår "forudsætningsvist" af dommen, at der er tale om direkte diskrimination

<sup>347</sup> Retten i Århus' dom af 21/05-12; Retten i Koldings dom af 20/03-12; LBN 275/2012; LBN 101/2011

<sup>348</sup> *Nielsen 2010*, s. 285

<sup>349</sup> Som beskrevet i afsnit 2.2.3

Desuden har forarbejdernes henvisning til et kompensationsbehov medført, at et konkret behov for kompensation er blevet en fast bestanddel i den danske fortolkning af handicapbegrebet. Hvor man i retsteorien har anført, at den medicinske tilgang leder til et snævert handicapbegreb, er kravet om kompensationsbehov med til at indsnævre begrebet yderligere. Om kriteriet er på retræte er endnu uvist, men der er eksempler fra praksis herpå.

Beskyttelsen af "tilknyttede" personer i dansk praksis er udtryk for den miljøbestemte sociale model, som illustrerer, at handicap skal ses i en social kontekst. Dansk praksis har her lagt en linje meget tæt op ad Domstolens præmisser i *Coleman*, hvilket viser, at dansk ret afholder sig fra at udvide beskyttelsen yderligere, end hvad der følger af fællesskabsretlige forpligtelser.

Man må konkludere, at det ikke er muligt at kategorisere den danske forståelse af handicapbegrebet som tilhørende enten den kompensations- eller miljøbestemte tilgang. Der er dog samlet set tale om et snævert begreb, der med sit fokus på lægelig dokumentation må siges at lægge sig nærmere op ad den medicinske tilgang til handicapbegrebet.

## 4. Konklusion

Hverken i dansk, EU-retlig eller folkeretlig regulering af forbuddet mod diskrimination på grund af handicap er det valgt at kodificere en definition af begrebet handicap. Målet i juridisk teori har tilsvarende ikke været at komme frem til en statisk definition af begrebet.

Praksis vedrørende handicapdiskrimination viser, at det er et område, der er præget af skøn i flere led. Det skal blandt andet vurderes, om personen led af en funktionsnedsættelse, om den var varig, om den affødte et konkret kompensationsbehov,<sup>350</sup> om de fornødne faktiske omstændigheder er påviste, og i tilfælde af indirekte diskrimination om AG havde en saglig, objektiv begrundelse for sin afskedigelse. Det kan derfor ikke undre, at en så skønspregt standard har udmøntet sig i en forskelligartet implementering af Direktivet i national lovgivning og udmøntet sig i en ikke entydig national retspraksis. Der kan på den baggrund identificeres et behov for at nærme sig en fælles begrebsramme.

EU har som noget nyt valgt at ratificere en menneskerettighedskonvention, hvilket ikke er uden retlige konsekvenser. Som følge af ratificeringen er Domstolen såvel som de nationale domstole forpligtede til at fortolke handicapbegrebet konventionskonformt. Det konkluderes, at det er usandsynligt, at Domstolen vil sidde denne forpligtelse overhørig, henset til at EMD har anvendt Konventionen aktivt, at Chartret er ophøjet til traktatniveau, og at Chartret forpligter Domstolen til at give "tilsvarende rettigheder" samme indhold som EMD.

Det konkluderes desuden, at EU og dansk ret opererer ud fra to forskellige omdrejningspunkter.

Den danske tilgang har sit fokus på begreberne funktionsnedsættelse og kompensationsbehov. En konventionskonform fortolkning må dog formentlig medføre, at national lovgivning ikke kun kan fokusere snævert på konstateringen af en funktionsnedsættelse uden at inddrage omgivelsernes reaktion herpå.

Domstolen har ikke opereret med kompensationsbehov som i dansk ret, men den har haft sit fokus på "... *ligebehandlingsprincippet udtrykt som mulighed for at deltage i erhvervslivet på lige fod med andre*".<sup>351</sup> Henset til konventionsbegrebets formulering bør den konventionskonforme fortolkning formentlig indebære, at det er tilstrækkeligt, at risikoen for begrænset deltagelse består, og ikke hvorvidt begrænsningen er aktualiseret.

---

<sup>350</sup> For så vidt angår dansk ret

<sup>351</sup> Schwarz og Hartmann, s. 264-265

Domstolens praksis består indtil videre kun af to afgørelser, som lidt forsimplet kan siges at repræsentere henholdsvis den medicinske tilgang og en såkaldt "kombineret" tilgang, hvor man fortsat opererer med begrebet funktionsnedsættelse, men hvor den sociale kontekst også inddrages i vurderingen. Inddragelse af den sociale model følger formentlig af pligten til konventionskonform fortolkning og vil tilmed være i overensstemmelse med den underliggende værdipolitik i EU. Domstolens pligt kan formentlig ikke udstrækkes til at følge et synspunkt om, at kun ved at bruge ikke-medicinske begreber kan man realisere den sociale model. Det er også svært at forestille sig, at Domstolen vil tage dette drastiske skridt henset til den restriktive tilgang, som Domstolen lagde ud med i *Navas*. Den kombinerede tilgang sikrer en form for konkretisering af handicapbegrebet ved at fastholde sin forankring i helbredstilstanden men understreger samtidig, at handicap skal ses som en social konstruktion, og at man må inddrage samfundets reaktion i bedømmelsen. Det er ikke usandsynligt, at Domstolen vil forsøge at ramme en sådan kombineret tilgang i fremtidige afgørelser og dermed opfylde sin pligt til at fortolke handicapbegrebet konventionskonformt.

Samlet set består der flere udfordringer, når det danske handicapbegreb skal undergives en konventionskonform fortolkning i forhold til, når det EU-retlige handicapbegreb skal undergives en sådan fortolkning. De danske domstole har kun taget skridt til at udvide beskyttelsen i retning af en mere social tilgang, når det følger af Domstolens praksis. På den baggrund forventes det, at det bliver op til Domstolen at tage de afgørende skridt til, at Konventionen bliver inddraget i fortolkningen, så det EU-retlige handicapbegreb reelt bliver et *integreret* EU-retligt handicapbegreb.

## 5. Kildefortegnelse

### Specialets korthenvisning

### Fuldstændig henvisning

## 5.1 Juridisk litteratur og artikler

### Litteratur

Andersen, Nielsen og Precht

Agnete Andersen, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: *Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 1*, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

Bengtsson, Bonfils og Olsen

Steen Bengtsson, Inge Storgaard Bonfils og Leif Olsen: *Handicap og ligebehandling i praksis*, SFI – Det Nationale Forskningscenter for Velfærd, 2008

Fenger

Niels Fenger: Unionens Charter om grundlæggende rettigheder og dets betydning for dansk offentlig ret

i: Baumbach, Blume (red.): *Retskildernes kamp* –

|                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                    | <i>Forholdet mellem national offentlig ret og udefra kommende ret</i> , 1. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012                                                                                                                                                                                                                                             |
| Fenger og Broberg                                  | Niels Fenger og Morten P. Broberg: <i>Præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen</i> , 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008                                                                                                                                                                                                                            |
| Frederiksen og Krarup                              | Yvonne Frederiksen og Mads Krarup: <i>Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer</i> , 1. udg. Forlaget Thomson, 2008                                                                                                                                                                                                                   |
| Gerards                                            | <p>Janneke Gerards: <i>Discrimination Grounds</i>,</p> <p>I: Dagmar Schiek, Lisa Waddington og Mark Bell (Eds.): <i>Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law</i>, 1. udg., Hart Publishing, Oxford, 2007</p>                                                                                                    |
| Greisen 2012                                       | Linda Rudolph Greisen: <i>Forskelsbehandlingsloven</i> , 3. udg., Dansk Arbejdsgiverforening Forlag, 2012                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Holst-Christensen                                  | <p>Nina Holst-Christensen: <i>EF-Domstolens anvendelse af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol siden 1991</i>,</p> <p>I: Gorm Toftegaard Nielsen, Jens Vedsted-Hansen og Claus Hagen Jensen (red.): <i>Festskrift om Menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard</i>, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004</p>                       |
| Lord og Brown                                      | <p>Janet E. Lord and Rebecca Brown: <i>The role of reasonable accommodation in securing substantive equality for persons with disabilities: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities</i>,</p> <p>I: Rioux, Basser, Jones (Eds.): <i>Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law</i>, 1. udg., Martinus Nijhoff Publishers, 2010</p> |
| Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl. | Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, m.fl.: <i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Bind 1-2</i> , 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011                                                                                                                                                                                 |

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Neergaard og Nielsen | Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: <i>EU Ret</i> , 6. udg., Karnov Group, 2010                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Nielsen og Tvarnø    | Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: <i>Retskilder og Retsteorier</i> , 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011                                                                                                                                                                                                                                       |
| Nielsen 2010         | Ruth Nielsen: <i>Civilretlige diskriminationsforbud</i> , 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Nielsen 2012         | Ruth Nielsen: <i>Dansk Arbejdsret</i> , 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Schiek 2007          | Dagmar Schiek: <i>Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive</i> , 1. udg., Sellier European Law Publishers, 2007                                                                                                                                                                                                   |
| Schiek 2011          | Dagmar Schiek: Organizing EU Equality Law Around the Nodes of “Race”, Gender and Disability,<br><br>i: Schiek, Lawson (Eds.): <i>European Union non-discrimination law and intersectionality: investing the triangle of racial, gender and disability discrimination</i> , 1. udg., Ashgate Publishing, 2011                                                    |
| Schwarz og Hartmann  | Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann: <i>Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven</i> , 1. udg., Thomson Reuters, 2011                                                                                                                                                                                                        |
| Waddington 2006      | Lisa Waddington: <i>From Rome to Nice in a Wheelchair – The Development of a European Disability Policy</i> , 1. udg., Europa Law Publishing, 2006                                                                                                                                                                                                              |
| Waddington 2009      | Lisa Waddington: Breaking new ground: the implications of ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community<br><br>i: Arnardóttir, Quinn (Eds.): <i>The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian perspectives</i> , 1. udg., Martinus Nijhoff Publishers, 2009 |



## Artikler

Baer og Ketteler

Susanne Baer og Maria Ketteler: *Kann auf HIV/Aids der Behinderungsbegriff des AGG angewandt werden?*, Juristische Fakultät, HU Berlin, 2009

Internetadresse:

[https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb\\_ads/agg/kann\\_auf\\_hiv\\_aids\\_der\\_behinderungsbegriff\\_des\\_agg\\_angewandt\\_werden.pdf](https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/agg/kann_auf_hiv_aids_der_behinderungsbegriff_des_agg_angewandt_werden.pdf)

Sidst besøgt den 25.11.2012

Clifford

Jarlath Clifford: *The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law*, The Equal Rights Review, Vol. Six, 2011, s. 11-25

Cremona

Marise Cremona: *External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law*, EUI Working Papers, 22/2006

Internetadresse:

<http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6249/1/LAW-2006-22.pdf>

Sidst besøgt den 25.11.2012

De Búrca

Gráinne de Búrca: *The EU in the negotiation of the UN Disability Convention*, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1525611, European Law Review, Vol. 35, No. 2, 2010

Internetadresse:

<http://ssrn.com/abstract=1525611>

Sidst besøgt den 25.11.2012

Degener 2004

Theresia Degener: *Definition of Disability*, E.U. Network of Experts on Disability Discrimination, 2004

Internetadresse:

[http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Ffedz.bib.uni-mannheim.de%2Fdaten%2Ffedz-ath%2Fgdem%2F04%2Fdisabdef.pdf&ei=I3C7UMnCPNS3hAfotoDIAw&usg=AFQjCNGA9hw8wVILATK\\_P6hShpY](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Ffedz.bib.uni-mannheim.de%2Fdaten%2Ffedz-ath%2Fgdem%2F04%2Fdisabdef.pdf&ei=I3C7UMnCPNS3hAfotoDIAw&usg=AFQjCNGA9hw8wVILATK_P6hShpY)

P312svw&sig2=gYoPZVHPm7h44P1yyqdl5w  
Sidst besøgt den 25.11.2012

Degener 2006

Theresia Degener: *Definition of Disability in German and Foreign Discrimination Law*, Disability Studies Quarterly, Volume 26, No. 2, Spring 2006

Internetadresse:

<http://dsq-sds.org/article/view/696/873>

Sidst besøgt den 25.11.2012

EFC Report

European Foundation Centre: *Study on challenges and good practices in the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities VC/2008/1214*, Oktober 2010, Bruxelles

FRA Report

*The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law - Understanding disability as defined by law and the duty to provide reasonable accommodation in European Union Member States*, European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 2011

FRA Handbook

*Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), European Court of Human Rights - Council of Europe, Juli 2010

Greisen 2008

Linda Rudolph Greisen: *Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven*, Juristen, Nr. 6, 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 173-176

Hendriks

Aart C. Hendriks: *Different Definition – Same Problems – One way out?*, 2002

Internetadresse:

[http://dredf.org/international/paper\\_hendriks.shtml](http://dredf.org/international/paper_hendriks.shtml)

Sidst besøgt den 25.11.2012

Høgelund og Larsen

Jan Høgelund og Brian Larsen: *Handicap og beskæftigelse – Udviklingen mellem 2005 og 2006*, SFI - Det Nationale Forskningscenter for Velfærd, 2007

Justesen

Pia Justesen: *Handicap og diskrimination på arbejdsmarkedet*, U 2008B.302, s. 302-310

Mortensen og Skarum

Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum: *Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb*, U

2010B.115, s.115-123

Nielsen 2009

Ruth Nielsen: *Den retlige regulering af handicap-diskrimination*, Vänbok til Ronnie Eklund, Särtryck ur, Iustus Förlag, 2009, s. 419-437

Parker og Clements

Camilla Parker og Luke Clements: *The European Union Structural Funds and the Right to Community Living*, The Equal Rights Review, Vol. Nine, 2012, s. 95-116

Quinn og Doyle

Gerard Quinn og Suzanne Doyle: *Taking the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities Seriously: The Past and Future of the EU Structural Funds as a Tool to Achieve Community Living*, The Equal Rights Review, Vol. Nine, 2012, s. 69-94

Sánchez

Sara Iglesias Sánchez: *The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, Common Market Law Review 49, Kluwer Law International, 2012, s. 1565–1612

Schulze

Marianne Schulze: *Understanding The UN Convention On The Rights Of Persons With Disabilities - A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*, 3rd Ed., Handicap International, New York City, 2010

Waddington og Lawson

Lisa Waddington og Anna Lawson: *Disability and non-discrimination law in the European Union – An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Juli 2009

Internetadresse:

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6154&langId=en>

Sidst besøgt den 25.11.2012

Waddington 2007

Lisa Waddington: *Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006*, Common Market Law Review, Volume 44, Number 2, April 2007, Kluwer Law International, s. 487-499

Waddington 2010

Lisa Waddington: *The Proposed Directive on Equal Treatment and its Significance for the Future Development of Disability Non-Discrimination Law*,

Copenhagen Business School 23. august 2010

Internetadresse:

[www.cbs.dk/research/konferencer/disabled\\_discrimination\\_2010/menu/papers](http://www.cbs.dk/research/konferencer/disabled_discrimination_2010/menu/papers)

Sidst besøgt den 25.11.2012

Wiederholt

Mogens Wiederholt: *Handicap- og kompensationsbegrebet i forskelsbehandlingsloven*, Juristen, nr. 7, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

Young

Iris Marion Young: *Structural Injustice and the Politics of Difference*, Paper for the AHRC Centre for Law, Gender, and Sexuality Intersectionality Workshop, 21/22 May 2005, Keele University, UK

Internetadresse:

<http://www.kent.ac.uk/clgs/documents/word-files/events/young.paper.doc>

Besøgt den 25.11.2012

## 5.2 Lovgivning, administrative forskrifter, m.m.

Dansk lovgivning m.m.

Beskæftigelsesindsatsloven

Lovbekendtgørelse 2012-06-28 nr. 706 om en aktiv beskæftigelsesindsats

Beslutningsforslag B 97

Forslag til folketingsbeslutning om undertegnelse og ratifikation af tillægsprotokollen til FN's konvention om rettigheder for personer med handicap, B 97, Samling 2008-09

Beslutningsforslag B 194

Forslag til folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af FN's konvention af 13. december 2006 om rettigheder for personer med handicap, B 194, Samling 2008-09

Forskelsbehandlingsloven

Lovbekendtgørelse 2008-12-16 nr. 1349 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

Lov om kompensation til handicappede i erhverv m.v.

Lovbekendtgørelse 2009-07-07 nr. 727 om kompensation til handicappede i erhverv m.v.

Lovforslag L 92

Forslag til lov om ændring af lov om forbud

|                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                     | mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, fremsat 11. november 2004, 2004-05, 1. samling                                                                                                                                                               |
| Handicap og ligebehandling – et refleksionspapir    | Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir, Det Centrale Handicapråd, 2. oplag, 2001                                                                                                                                                              |
| Høringsnotat til L92                                | Beskæftigelsesministeriets høringsnotat af 8. november 2004 til Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg, bilag 1 til L 92                                                                                                                                     |
| Retsplejeloven                                      | Lovbekendtgørelse 2012-10-24 nr. 1008 om rettens pleje                                                                                                                                                                                                  |
| Vejledning 9237                                     | Beskæftigelsesministeriets Vejledning om forskelsbehandlingsloven, nr. 9237 af 6. januar 2006                                                                                                                                                           |
| EU-retlige retsakter m.m.                           |                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Amsterdam-traktaten                                 | Amsterdam-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, Traktaterne om Oprettelse af de Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter, EF-Tidende, C 340 af 10. nov. 1997                                                             |
| Beskæftigelsesdirektivet                            | Rådets direktiv nr. 78 af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (2000/78/EF)                                                                                                       |
| Beskæftigelsesdirektivet, Kommissionens forslag til | Kommissionens forslag til Rådets direktiv nr. 78 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv<br><br>27. november 2000, KOM (1999) 565                                                                      |
| Chartret om Grundlæggende Rettigheder               | Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, 2007/C 303/01                                                                                                                                                                               |
| Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020           | Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget<br>Den Europæiske Handicapstrategi 2010-2020: et nyt tilsagn om et Europa uden barrierer, 15. november 2010, (KOM (2010) 636) |

|                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Det etniske ligebehandlingsdirektiv                                                                                                             | Rådets direktiv nr. 43 af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (2000/43/EF)                                                                                                                               |
| Direktivet om Bevisbyrde i Ligestillingssager                                                                                                   | Rådets direktiv nr. 80 af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (97/80/EF)                                                                                                                                                   |
| Europa-Parlamentets ændringsforslag til direktiv om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering | Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning af 2. april 2009 om forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering (KOM(2008)0426 - C6-0291/2008 - 2008/0140(CNS)) |
| Forklaringer til Chartret                                                                                                                       | Forklaringer til Chartret om Grundlæggende Rettigheder, 2007/C 303/02                                                                                                                                                                                                           |
| Fællesskabspagten om Arbejdstagernes Grundlæggende Arbejdsmarkedsmæssige og Sociale Rettigheder                                                 | Fællesskabspagten af 9. december 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder                                                                                                                                                             |
| Kommissionens direktivforslag om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering                    | Kommissionens forslag til Rådets Direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, den 2. juli 2008 (KOM (2008) 426)                                                                      |
| Kommissionens forslag om undertegnelse af Tillægsprotokollen                                                                                    | Kommissionens Forslag til Rådets Afgørelse om undertegnelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af den valgfrie protokol til De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder, 28.8.2008, 2008/0171 (COD) (KOM (2008) 530 – 2)                                     |
| Kommissionens Informationsdokument 11125/11                                                                                                     | Informationsdokument 11125/11 af 7. juni 2011 fra Kommissionen til Rådet                                                                                                                                                                                                        |
| Kommissionens Meddelelse om Lige Muligheder for Handicappede 1996                                                                               | Kommissionens meddelelse af 30. juli 1996, Lige Muligheder for Handicappede, En ny handicapstrategi for Det Europæiske Fællesskab KOM (96) 406                                                                                                                                  |
| Kommissionens Meddelelse om Lige Muligheder for Handicappede 2003                                                                               | Kommissionens meddelelse af 30. oktober 2003, Lige Muligheder for Handicappede: En europæisk handlingsplan (KOM (2003) 650)                                                                                                                                                     |
| Kønsligestillingsdirektivet vedrørende varer og tjenester                                                                                       | Rådets direktiv nr. 113 af 13. december 2004 om gennemførelse af princippet om ligebe-                                                                                                                                                                                          |

|                                                                     |                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                     | handling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (2004/113/EF)                                                                          |
| Rådets Afgørelse om indgåelse af FN's Handicapkonvention            | Rådets afgørelse af 26. november 2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder (2010/48/EF)                             |
| Rådets Henstilling om Beskæftigelsen af Handicappede i Fællesskabet | Rådets henstilling om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet af 24. juli 1986 (86/379/EØF)                                                                                       |
| Rådets Resolution om Lige Beskæftigelsesmuligheder 1996             | Resolution vedtaget af Rådet og af Repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer, forsamlet i Rådet den 20. december 1996 om lige muligheder for mennesker med handicap (97/C 12/01) |
| Rådets Resolution om Lige Beskæftigelsesmuligheder 1999             | Rådets resolution af 17. juni 1999 om lige beskæftigelsesmuligheder for mennesker med handicap (1999/C 186/02)                                                                          |
| TEU, TFEU                                                           | Lissabontraktaten, Traktaten om den Europæiske Union, Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, (2007/C-306/01)                                                                   |
| Folkeretlige konventioner m.m.                                      |                                                                                                                                                                                         |
| EMRK                                                                | Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 4. november 1950                                                                                                                           |
| FN's Handicapkonvention                                             | The Convention for the Rights of Persons with Disabilities<br><br>Vedtaget på FN's Generalforsamling på den 61. samling den 3. december 2006<br><br>(UN Doc. A/RES/61/106)              |
| FN's Standardregler                                                 | Standardregler om lige muligheder for handicappede, vedtaget på FN's Generalforsamling på den 48. samling den 20. december 1993 (resolution 48/96)                                      |
| Tillægsprotokol                                                     | Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Annex II to                                                                                             |

the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Vedtaget på FN's Generalforsamling på den 61. samling den 3. december 2006

(UN Doc. A/RES/61/106)

Tysk lovgivning

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897

### 5.3 Domsregister

Afgørelser fra de danske domstole

Højesteret

U 2012.1782H

Højesterets dom af 20. februar 2012, 1. afdeling, sag 48/2010

U 2010.2125 H

Højesterets kendelse af 7. maj 2010 i sagerne 283/2009 og 284/2009

Landsretterne

ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12

Østre Landsrets mundtlige tilkendegivelse af 30. november 2012, 17. afdeling, sag B-0058-12, endelig dom forventes den 11/01-13

ØLD 12/09-12

Østre Landsrets dom af 12. september 2012, 3. afdeling, sag B-1095-11, er anket til Højesteret

ØLD 29/06-11

Østre Landsrets dom af 29. juni 2011, 6. afdeling, sag B-2814-10

VLD 25/03-11

Vestre Landsrets dom af 25. marts 2011, 13. afdeling, sag B-0382-10



|               |                                                                     |
|---------------|---------------------------------------------------------------------|
| ØLD 26/08-10  | Østre Landsrets dom af 26. august 2010, 11. afdeling, sag B-644-09  |
| U 2010.2610 V | Vestre Landsrets dom af 22. juni 2010, 12. afdeling, sag B-2040-09  |
| U 2010.2303 Ø | Østre Landsrets dom af 5. maj 2010, 18. afdeling, sag B-2215-09     |
| U 2010.1748 V | Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010, 14. afdeling, sag B-1904-08 |
| U 2009.1966 V | Vestre Landsrets dom af 20. marts 2009, 12. afdeling, sag B-1160-08 |
| U 2008.1450 Ø | Østre Landsrets dom af 5. marts 2008, 6. afdeling, sag B-413-07     |
| U 2008.306 V  | Vestre Landsrets dom af 11. oktober 2007, 1. afdeling, B-1735-06    |
| VLD 01/10-07  | Vestre Landsrets dom af 1. oktober 2007, 8. afdeling, sag B-2722-06 |

## Sø- og Handelsretten

|                          |                                                                                                                            |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SHD 16/08-11             | Sø- og Handelsrettens dom af 16. august 2011, sag F-3-09, er anket til Højesteret ifølge Sø- og Handelsrettens hjemmeside. |
| U 2009.2792 SH           | Sø- og Handelsrettens dom af 24. august 2009, sag F-45-06                                                                  |
| SHK 24/08-09 (F-0013-06) | Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. august 2009, sag F-0013-06, præjudicielle spørgsmål er forelagt for EU-domstolen     |
| SHK 24/08-09 (F-0019-06) | Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. august 2009, sag F-0019-06, præjudicielle spørgsmål er forelagt for EU-domstolen     |
| U 2009.1948 S            | Sø- og Handelsrettens dom af 2. april 2009, sag F 26/07                                                                    |

## Byretterne

|                                      |                                                                                                                        |
|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Retten i Århus' dom af 21/05-12      | Retten i Århus' dom af 21. maj 2012, BS 14-672/2011                                                                    |
| Retten i Aalborgs dom af 30/03-12    | Retten i Aalborgs dom af 30. marts 2012, sag BS 2-2402/2010                                                            |
| Retten i Koldings dom af 20/03-12    | Retten i Koldings dom af 20. marts 2012, sag BS 1-1831/2010 (Anket)                                                    |
| Retten i Helsingørs dom af 08/12-11  | Retten i Helsingørs dom af 8. december 2011, sag BS 1-1896/2010 (Anket, se ØL's mundtlige tilkendegivelse af 30/11-12) |
| Retten i Sønderborgs dom af 09/09-09 | Retten i Sønderborgs dom af 09. september 2009, sag BS C6-1966/2008 (Anket, se afgørelse: U 2010.2610 V)               |
| Retten i Randers' dom af 12/03-09    | Retten i Randers' dom af 12. marts 2009, sag BS 7-73/2008, som omtalt af Mortensen og Skarum i U 2010B.115             |

#### Afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet

|              |                                                   |
|--------------|---------------------------------------------------|
| LBN 342/2012 | Afgørelse af 13. september 2012, J.nr. 7100208-12 |
| LBN 302/2012 | Afgørelse af 6. juni 2012, J.nr. 7100470-12       |
| LBN 276/2012 | Afgørelse af 9. maj 2012, J.nr. 7100117-12        |
| LBN 275/2012 | Afgørelse af 9. maj 2012, J.nr. 7100121-12        |
| LBN 255/2012 | Afgørelse af 30. marts 2012, J.nr. 7100124-12     |
| LBN 243/2012 | Afgørelse af 14. marts 2012, J.nr. 7100146-12     |
| LBN 241/2012 | Afgørelse af 14. marts 2012, J.nr. 7100080-12     |
| LBN 238/2012 | Afgørelse af 14. marts 2012, J.nr. 7100075-12     |
| LBN 224/2012 | Afgørelse af 22. februar 2012, J.nr. 7100097-12   |
| LBN 222/2012 | Afgørelse af 22. februar 2012, J.nr. 7100099-12   |
| LBN 191/2011 | Afgørelse af 14. december 2011, J.nr. 2500049-11  |

|              |                                                  |
|--------------|--------------------------------------------------|
| LBN 189/2011 | Afgørelse af 14. december 2011, J.nr. 2500149-10 |
| LBN 188/2011 | Afgørelse af 14. december 2011, J.nr. 2500148-10 |
| LBN 104/2011 | Afgørelse af 29. juni 2011, J.nr. 2500157-10     |
| LBN 101/2011 | Afgørelse af 24. juni 2011, J.nr. 2500013-10     |
| LBN 30/2011  | Afgørelse af 2. marts 2011, J.nr. 2500049-10     |
| LBN 105/2010 | Afgørelse af 1. december 2010, J.nr. 2500214-09  |
| LBN 104/2010 | Afgørelse af 1. december 2010, J.nr. 2500236-09  |
| LBN 19/2010  | Afgørelse af 24. marts 2010, J.nr. 2500201-09    |

#### Afgørelser fra EU-Domstolen samt Generaladvokatsudtalelser

|              |                                                                                                                                               |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GA Geelhoed  | Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 16. marts 2006 i sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA               |
| GA Maduro    | Generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 31. januar 2008 i sag C-303/06, S. Coleman mod Attridge Law og Steve Law              |
| GA Sharpston | Generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse af 12. juli 2012 i sag C-152/11, Johann Odar mod Baxter Deutschland GmbH (verse-<br>rende) |
| Coleman      | Domstolens Dom af 17. juli 2008 i sag C-303/06, S. Coleman mod Attridge Law og Steve Law                                                      |
| Ekro         | Domstolens Dom af 18. januar 1984 i sag C-327/82, Ekro BV Vee- en Vleeshandel mod Produktschap voor Vee en Vlees                              |
| IATA         | Domstolens Dom af 10. januar 2006 i sag C-244/04, International Air Transport Association                                                     |

|                           |                                                                                                                                                                      |
|---------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                           | og European Low Fares Airline Association mod<br>Department for Transport                                                                                            |
| Kommissionen mod Spanien  | Domstolens Dom af 9. marts 2006 i sag C-323/03, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Spanien                                                   |
| Kommissionen mod Tyskland | Domstolens Dom af 10. september 1996 i sag C-61/94, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland                                     |
| Navas                     | Domstolens Dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA                                                                       |
| Ring                      | Verserende C-335/11, HK for Jette Ring mod Dansk Almennyttigt Boligselskab – DAB , Generaladvokatens forslag til afgørelse forventes den 6. december 2012            |
| Werge                     | Verserende C-337/11, HK for Lone S. Werge mod Dansk Arbejdsgiverforening for Pro Display A/S, Generaladvokatens forslag til afgørelse forventes den 6. december 2012 |

### Afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

|         |                                                           |
|---------|-----------------------------------------------------------|
| Glor    | Glor v. Switzerland, Nr. 13444/04, afsagt 30. april 2009  |
| Kiss    | Alajos Kiss v. Hungary, Nr. 38832/06, afsagt 20. maj 2010 |
| Kiyutin | Kiyutin v. Russia, Nr. 2700/10, afsagt 10. marts 2011     |

### Afgørelse fra den tyske føderale arbejdsdomstol

|                              |                                                                  |
|------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| BAG Urteil von 3. april 2007 | Bundesarbeitsgericht, Urteil von 3. April 2007, Az. 9 AZR 823/06 |
|------------------------------|------------------------------------------------------------------|

## 5.4 Forkortelser

|                |                          |
|----------------|--------------------------|
| AG             | Arbejdsgiver             |
| Alm. Bem.      | Almindelige bemærkninger |
| Art.           | Artikel                  |
| AT             | Arbejdstager             |
| BAG            | Bundesarbeitsgericht     |
| Betr.          | Betragtning              |
| DCH            | Det Centrale Handicapråd |
| Eds. (Editors) | Redaktører               |
| Fn.            | Fodnote                  |
| GA             | Generaladvokat           |
| J.nr.          | Journal nummer           |
| Pr.            | Præmis                   |
| Red.           | Redaktører               |
| Sml.           | Sammenlign               |
| Spec. Bem.     | Specielle Bemærkninger   |
| Udg.           | Udgave                   |
| Vol. (volume)  | Udgave                   |