

Forskelsbehandling på arbejdsmarkedet
med særlig fokus på arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse
over for ansatte med handicap

Labour market discrimination
with emphasis on the employer's obligation to make reasonable
accommodations for employees with disabilities

af SARAH STREIT JESSEN

Afhandlingen har til formål at undersøge arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse over for ansatte, der har et handicap. Afhandlingen undersøger, hvornår forpligtelsen indtræder for arbejdsgiveren, hvad pligten indebærer og hvor grænserne går – herunder hvad der skal til for, at arbejdsgiveren kan løfte bevisbyrden. Afhandlingen har desuden behandlet betydningen af den af EU-domstolens praksis udledte kronologi for behandling af sager vedrørende tilpasningsforpligtelsen, og de nationale domstoles rolle i tilknytning til at gøre området mindre vanskeligt for arbejdsgiverne at håndtere.

Afhandlingen konkluderer, at tilpasningsforpligtelsen er en løbende forpligtelse, som alene relaterer sig til beskyttelseskriteriet handicap, og at forpligtelsen indtræder på det tidspunkt, hvor arbejdstageren har løftet bevisbyrden for, at pågældende lider af et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren er omfattet af handicapbegrebet.

En gennemgang af retspraksis viser, at arbejdsgiveren som minimum skal undersøge mulige og relevante tilpasninger, og at arbejdsgiverens overvejelser og afprøvninger af relevante og mulige tilpasninger vægtes højt i vurderingen af, hvorvidt arbejdsgiveren har løftet bevisbyrden. Arbejdsgiveren er dog ikke forpligtet til at foretage tilpasninger, såfremt tilpasningerne er uforholdsmæssig byrdefulde for arbejdsgiveren eller at arbejdstageren ikke er kompetent, egnede og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen. Afhandlingen har undersøgt grænserne. Undersøgelsen har vist, at det er en konkret vurdering, hvornår en tilpasning udgør en uforholdsmæssig stor byrde, men at der i retspraksis er fastsat en øvre grænse for, hvad arbejdsgiveren må skulle tåle. Undersøgelsen har endvidere vist, at det er en konkret afvejning, hvad der i den enkelte sag udgør de væsentlige funktioner, men at der i væsentlighedsvurderingen må lægges vægt på arbejdstagerens konkrete for-måen ved hjælp af relevante tilpasninger, hvad der i den konkrete stilling udgør de væsentlige funktioner, samt hvordan arbejdstageren er begrænset henset til stillingens kerneopgaver.

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Indledning	3

1.1.	<i>Problemformulering</i>	4
2.	Metode og afgrænsning	4
2.1.	<i>Metode og retskilder</i>	4
2.2.	<i>EU-konform fortolkning</i>	5
2.3.	<i>Afgrænsning</i>	6
2.4.	<i>Struktur</i>	6
3.	Historisk tilbageblik	7
3.1.	<i>Retstilstanden før beskæftigelsesdirektivet</i>	7
3.2.	<i>Beskæftigelsesdirektivet</i>	7
3.3.	<i>Forskelsbehandlingslovens vedtagelse og ændringer</i>	8
4.	Beskyttelsen mod forskelsbehandling	8
4.1.	<i>Anvendelsesområdet</i>	8
4.1.1.	<i>Personkredsen</i>	8
4.1.2.	<i>Direkte forskelsbehandling</i>	9
4.1.3.	<i>Indirekte forskelsbehandling</i>	9
4.2.	<i>Handicapbegrebet</i>	10
4.2.1.	<i>Handicap ctr. sygdom</i>	10
4.2.2.	<i>Lang varighed</i>	11
4.3.	<i>Bevisbyreregler</i>	12
4.3.1.	<i>Delt bevisbyrde</i>	12
4.3.2.	<i>Tilpasningsforpligtelsen</i>	13
4.3.2.1.	<i>Arbejdsgivers viden eller burde viden</i>	13
4.4.	<i>Konsekvens ved tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen</i>	14
4.4.1.	<i>Hvor anlægges sagen?</i>	14
4.4.2.	<i>Godtgørelse</i>	15
5.	Tilpasningsforpligtelsen	15
5.1.	<i>Anvendelsesområde</i>	15
5.2.	<i>Kronologi</i>	16
5.3.	<i>Hvad indebærer tilpasningsforpligtelsen?</i>	17
5.3.1.	<i>Hensigtsmæssige foranstaltninger</i>	17
5.3.1.1.	<i>Initiativ til tilpasninger</i>	18
5.3.1.2.	<i>Undersøgelsespligten</i>	19
5.3.1.3.	<i>Skal arbejdsgiveren overveje mulige tilpasninger?</i>	20
5.3.1.4.	<i>Skal arbejdsgiveren afprøve mulige tilpasninger?</i>	21
5.3.1.5.	<i>Dokumentation</i>	22
5.3.1.6.	<i>Sammenfatning</i>	24
5.4.	<i>Grænserne for tilpasningsforpligtelsen</i>	24
5.4.1.	<i>Rimelighedskravet</i>	24
5.4.2.	<i>Kompetent, eget og disponibel</i>	28
5.5.	<i>Ændringer og ophør af tilpasninger</i>	30
6.	Diskussion	33
7.	Konklusion	34
8.	Litteraturliste	37

Abstract

The purpose of this master thesis is to examine the employer's obligation to make reasonable accommodation for disabled employees. The thesis will elaborate, when the obligation will occur for the employer, what the obligation will consist of and the limits – including how the employer can satisfy the burden of proof. To answer the problem statement of the thesis I have analysed relevant law and legal practice.

The obligation to make reasonable accommodation is only related to the disability criteria of protection. The obligation occurs at the time where the employee has proved that 1) the employee suffers from a legally acknowledged disability and 2) the employer knew or should have known that the employee suffers from a disability. The obligation to make reasonable accommodation is an ongoing obligation and entails that the employer must make appropriate accommodations to maintain the employee's employment based on the needs of the employee. Legal practice shows that the employer must as a minimum search out possible accommodation options, and that the considerations that the employer has made and possibly tried to carry out is weighed highly. Efforts and considerations must furthermore be documented or, at the least, rendered probable. If the employer fails to do one or more of these, the employer will have difficulty proving that they have tried to live up to the obligation to make reasonable accommodation.

The extent and limitations of the obligation to make reasonable accommodation has been shown to be difficult for the employers to handle. The thesis has examined the limitations. The obligation to make reasonable accommodation can be limited in two cases: 1) possible accommodations will be an inappropriately burdensome for the employer, or 2) the employee will not be competent, capable and available to carry out the vital functions in the job position, despite of accommodations made by the employer. The analysis in thesis has shown that it is a concrete assessment whether an accommodation is inappropriately burdensome, but also that the employer is not obligated to maintain a redundant job position, to create a new job position or to redeploy the employee in a fundamentally different job position than what the employee originally had. However, it must at the least be examined if there are other tasks that can be included in the job position or if redeployment to a similar job position is a possibility. The analysis has also shown that it is a concrete assessment in each individual case what is meant with "essential functions" in a job position, but that the assessment of importance must take into account what the employee is capable of when reasonable accommodations has been carried out, and how the employee is limited in relation to the core important functions of the job position.

It is important that the employer handles the obligation to make reasonable accommodations correctly when it occurs. The means that the employer must examine assess and (if possible) try to carry out possible accommodations, and afterwards consider if these accommodations will give rise to a disproportionate burden, and finally consider if the employee is competent, capable and available.

1. Indledning

Forskelsbehandling af ansatte med et handicap er ikke en ny problematik. Emnet har igennem de seneste årtier været genstand for stor politisk diskussion og bevågenhed. Det skyldes blandt andet det øgede fokus på bekæmpelsen af forskelsbehandling, men også de samfundsøkonomiske gevinster ved at få eller fastholde handicappede i beskæftigelse.

Allerede i 1996 blev den første danske forskelsbehandlingslov vedtaget. Loven havde til hensigt at forbyde forskelsbehandling på baggrund af nogle lovfaste kriterier – dog ikke alder og handicap.¹ Forskelsbehandlingsloven er herefter løbende blevet revideret i takt med udviklingen på området, navnlig ved implementeringen af Beskæftigelsesdirektivet i 2004, hvor blandt andet beskyttelseskriteriet handicap blev indarbejdet i loven. Ved denne implementering indførtes også arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, således at arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger, således at personer med et handicap kan indgå eller fastholdes i beskæftigelse, på samme måde som andre personer på arbejdsmarkedet.²

Tilpasningsforpligtelsen har i praksis vist sig at være vanskeligt for arbejdsgiverne at håndtere. Samtidig er forpligtelsen særlig vigtig, da en tilsidesættelse af den i sidste ende kan have stor økonomisk betydning for arbejdsgiveren. Grænserne for tilpasningsforpligtelsens anvendelsesområde er uklare og påvirkes i høj grad af en række konkrete vurderinger, hvortil der ikke kan opstilles en udtømmende liste over situationer, hvor der skal foretages en eller flere forudbestemte tilpasninger. Siden indførelsen af tilpasningsforpligtelsen, har der været anlagt flere sager for de danske domstole og for EU-domstolen, der blandt andet har haft til hensigt at fastslå dens udstrækning og ikke mindst grænser. Til trods for dette, er der stadig stor uklarhed om navnlig forpligtelsens grænser og ikke mindst vægtingen af de konkrete omstændigheder – navnlig i forhold til, hvornår en tilpasning er uforholdsmæssig byrdefuld for arbejdsgiveren, og hvornår arbejdstageren med de mulige tilpasninger ikke længere er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen.

1.1. Problemformulering

Denne afhandling undersøger arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse over for ansatte, der har et handicap. Afhandlingen vil uddybe, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder for arbejdsgiveren, hvad pligten indebærer og hvor grænserne går – herunder hvad der skal til for, at arbejdsgiveren kan løfte bevisbyrden.

2. Metode og afgrænsning

2.1. Metode og retskilder

For at kunne besvare afhandlingens problemformulering er den retsdogmatiske metode benyttet, da formålet med afhandlingen er at klarlægge, hvad der er gældende ret. Den retsdogmatiske metode har til formål at systematisere, fortolke og analysere anerkendte retskilder for at kunne klarlægge, hvad der udgør gældende ret på et givent retsområde.³

Til besvarelsen af afhandlingens problemformulering og til undersøgelsen af gældende ret, behandles blandt andet en række relevante EU-retlige- og nationale retsregler. Love og dermed også retsregler anses som de mest fremtrædende retskilder i dansk ret.⁴ Derfor behandler afhandlingen retsregler fra forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet for at undersøge, hvad gældende ret er. Til fastlæggelsen af, hvad der udgør denne, inddrages endvidere forarbejdere til de ovenstående lovgivninger. Forarbejderne udgør i dansk ret en retskilde. Forarbejderne spiller en stor rolle i forhold til den juridiske argumentation, hvortil forarbejderne blandt andet kan belyse grundlaget for og dermed også lovgivers intentioner med lovens retsregler.⁵ Forarbejderne til forskelsbehandlingsloven og dennes

¹ Lov nr. 459 af 12. juni 1996 §§ 1-2

² FT 2004-05, Tillæg A s. 2697

³ (Blume, 2016) s. 40

⁴ (Blume, 2016) s. 199-201

⁵ (Blume, 2016) s. 185-86 og 208-211

ændringer, inddrages derfor til at belyse hensigten bag retsreglerne, men også for at belyse, hvordan centrale begreber og delelementer skal fortolkes. Beskæftigelsesdirektivets præambel minder om de danske forarbejdere, men præambelen er vedtaget og indgår derfor som en del af retsreglerne. Præambelen inddrages derfor som et fortolkningsbidrag i det omfang det vurderes relevant.⁶

I afhandlingen benyttes desuden relevant retspraksis fra de danske domstole. Denne retspraksis benyttes til at belyse, hvordan afgørelserne bidrager til at belyse gældende ret.⁷ Retspraksis har stor retskildemæssig værdi, og har blandet andet til formål at udfylde og fortolke gældende ret. Dette er særdeles relevant på forskelsbehandlingsområdet, hvor blandt andet udstrækningen af tilpasningsforpligtelsen er dynamisk. Retskildhierarkiet har stor betydning for retskildernes interne vægtning. Det betyder med andre ord, at afgørelser afsagt af Højesteret har større retskildemæssig værdi end afgørelser afsagt af byretterne.⁸ Derfor er der i afhandlingen hovedsageligt inddraget afgørelser fra Højesteret og landsretterne. Afhandlingen vil desuden behandle afgørelser truffet i Ligebehandlingsnævnet i de tilfælde, hvor der ikke foreligger retspraksis fra domstolene. Med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet fik EU-retten på forskelsbehandlingsområdet en central betydning, da blandt andet handicapbegrebet og tilpasningsforpligtelsen skal fortolkes EU-konformt⁹. I medfør af Atlanta-sagen anses EU-domstolens afgørelser for at være bindende for alle medlemsstater.¹⁰ Derfor behandles der foruden nationale retskilder, også relevante afgørelser fra EU-domstolen.

Der er desuden anvendt relevant juridisk litteratur samt relevante vejledninger og notater. Den juridiske litteratur kan bidrage til den juridiske argumentation og vil ofte beskrive gældende ret ud fra en systematisering, analyse og fortolkning af allerede anerkendte retskilder. Denne udgør dog ikke i sig selv en selvstændig retskilde på samme niveau som retsregler.¹¹ Den juridiske litteratur anvendes derfor alene i afhandlingen, som et fortolkningsbidrag til de øvrige anvendte juridiske retskilder. Vejledninger og notater er administrative forskrifter, som ikke er bindende, men har i stedet karakter af henstillinger, som tilkendegiver myndighedernes retlige opfattelse af et givent retsområde.¹² Disse inddrages derfor varsomt, når det findes relevant.

2.2. EU-konform fortolkning

Afhandlingen vil inddrage EU-retlige retskilder, herunder relevant lovgivning og retspraksis fra EU-domstolen. Danmark er i kraft af medlemskabet af EU forpligtet til at foretage en EU-konform fortolkning. Ved EU-konform fortolkning forstås, at nationale retsregler på et givet retsområde, som er reguleret af EU, i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.¹³ Princippet er praktisk meget relevant i arbejdsretten, hvor meget lovgivning udspringer fra implementering af EU-direktiver.

Princippet blev fastslået i Colson-sagen. EU-domstolen fastslog, at medlemsstaterne er forpligtet til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten, navnlig retsregler som er vedtaget med det formål at gennemføre et bestemt direktiv.¹⁴ I Pfeiffer-sagen fastslog EU-domstolen endvidere, at

⁶ (Blume, 2016) s. 185 og 279

⁷ (Evald, 2020) s. 132

⁸ (Blume, 2016) s. 186-187

⁹ Se afsnit 2.2

¹⁰ Sag C-465/93, præmis 46

¹¹ (Blume, 2016) s. 188-89 og 266

¹² (Blume, 2016) s. 189-90

¹³ (Nielsen, 2017) s. 71-72

¹⁴ Sag 14/83, præmis 26

princippet om EU-konform fortolkning efter omstændighederne kan udstrækkes, således at den nationale lovgivning i sin helhed skal opfylde princippet om EU-konform fortolkning.¹⁵

Princippet om EU-konform fortolkning medfører dog ikke, at Danmark er forpligtet til at fortolke i strid med ordlyden af nationale retsregler (*contra legem*).¹⁶ Det er dog diskuteret, hvordan udstrækningen og fortolkningen af *contra legem* skal anlægges. I Ajos-sagen fastslog EU-domstolen blandt andet, at en national fast retspraksis ikke kan begrunde, at der ikke anlægges en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten. EU-domstolen fastslår dermed, at det alene er klare og utvetydige nationale retsregler, som kan begrunde en begrænsning af forpligtelsen til at fortolke i overensstemmelse med EU-retten, i medfør af *contra legem*.¹⁷

2.3. Afgrænsning

Afhandlingen vil alene fokusere på beskyttelseskriteriet handicap, hvorfor forskelsbehandlingslovens øvrige beskyttelseskriterier ikke vil blive behandlet yderligere. Afhandlingen vil ikke indeholde en udtømmende analyse af udstrækningen af handicapbegrebet, men vil indeholde en kort gennemgang af begrebet for at belyse dets betydning i relation til tilpasningsforpligtelsen.

Afhandlingen vil endvidere ikke indeholde en dybdegående analyse af, hvad der udgør direkte og indirekte forskelsbehandling, men vil alene kort redegøre for disse samt deres betydningen i relation til tilpasningsforpligtelsen. Afhandlingen vil endvidere ikke indeholde en udtømmende gennemgang af mulige hensigtsmæssige foranstaltninger. Afhandlingen vil desuden ikke behandle de socialretlige aspekter i relation til mulige hjælpemidler visiteret af kommunen eller de arbejdsmiljømæssige aspekter i relation til de tilpasninger en arbejdsgiver er forpligtet til at foretage på arbejdspladsen for at opfylde arbejdsmiljøreglerne.

2.4. Struktur

Det første afsnit introducerer problemformuleringen og indledning. Afhandlingens andet afsnit præsenterer de strukturelle og metodiske overvejelser samt afgrænsning af afhandlingens problemformulering. Det tredje afsnit behandler kortfattet retstilstanden før beskæftigelsesdirektivet og det nuværende retsgrundlag. Det fjerde afsnit belyser kortfattet anvendelsesområdet for forskelsbehandlingslovens beskyttelse og dens personkreds. Afsnittet indeholder også en kort introduktion til det EU-retlige handicapbegreb, som har stor betydning for tilpasningsforpligtelsen samt bevisbyrdereglerne og disses betydning i relation til tilpasningsforpligtelsen. Det femte afsnit introducerer indledningsvist anvendelsesområdet for forskelsbehandlingslovens § 2 a samt en kronologi for behandlingen af sager vedrørende tilpasningsforpligtelsen. Afsnittet indeholder endvidere en analyse af tilpasningsforpligtelsens indtræden – herunder hvem der skal tage initiativ til tilpasninger, undersøgelsespligten og dokumentationskravet samt en analyse af grænserne for forpligtelsen. Afhandlingens sjette afsnit diskuterer på baggrund af den juridiske analyse problematikkerne forbundet med tilpasningsforpligtelsen, herunder domstolens behandling af sagerne samt betydningen af, at tilpasningsforpligtelsens delelementer skal afgøres ud fra en konkret vurdering. Det ottende afsnit sammenfatter resultatet af den juridiske analyse og besvarer afhandlingens problemformulering.

¹⁵ Sag C-397/01 - C-403/01, præmis 115-116

¹⁶ (Nielsen, 2019) s. 151

¹⁷ Sag C-441/14, præmis 32-34

3. Historisk tilbageblik

3.1. Retstilstanden før beskæftigelsesdirektivet

Allerede før vedtagelsen af beskæftigelsesdirektivet i 2000 var der i dansk ret en beskyttelse mod forskelsbehandling. Den første forskelsbehandlingslov blev vedtaget i 1996. Ifølge forarbejderne skete det i en politisk erkendelse af, at Danmark ikke levede op til sine internationale forpligtelser i henhold til ratifikationen af FN's konvention om racediskrimination (CERD) samt ILO-konvention nr. 111, som havde til formål at fremme muligheder og ligebehandling i relation til beskæftigelse, og dermed forbyde forskelsbehandling gennem relevant lovgivning.¹⁸

Vedtagelsen af forskelsbehandlingsloven skulle derfor effektivt gennemføre CERD og ILO-konventionen.¹⁹ Forskelsbehandlingsloven fra 1996 forbød forskelsbehandling på baggrund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse, men forholdte sig tavs i forhold til beskyttelseskriterierne alder og handicap – herunder tilpasningsforpligtelsen, som indgår i den gældende forskelsbehandlingslov.²⁰ Loven er senere blevet ændret i takt med den EU-retlige udvikling.

Allerede før forskelsbehandlingslovens vedtagelse var der i socialretten tiltag mod tilpasning i form af regler for bevilling af hjælpemidler og arbejdsmiljøreglernes muligheder for tilpasninger af arbejdspladsen. Disse tiltag var dog ikke rettet specifikt mod handicappede og deres muligheder for beskæftigelse eller et decideret forbud mod forskelsbehandling. Dette blev først aktuelt med vedtagelsen af beskæftigelsesdirektivet og den senere implementering i forskelsbehandlingsloven.

3.2. Beskæftigelsesdirektivet

EU vedtog i november 2000 direktiv 2000/78/EF. Direktivet har til formål at fastlægge en overordnet ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling af personer blandet andet med handicap i forhold til deres muligheder for at opnå beskæftigelse på arbejdsmarkedet, samt at sikre en gennemførelse af ligebehandlingsprincippet.²¹

Til opnåelse af direktivets formål indførtes der med vedtagelsen et krav til medlemsstaterne om at sikre, at deres nationale lovgivning indeholdt et forbud mod direkte og indirekte forskelsbehandling på baggrund af blandt andet handicap. Dernæst indeholdt direktivet endvidere en forpligtelse for arbejdsgiveren til at træffe passende foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen i de tilfælde, hvor relevante og mulige foranstaltninger ikke er uforholdsmæssigt byrdefulde og personen der har et handicap, er kompetent, egnet og disponibel – den såkaldte tilpasningsforpligtelse.²² Direktivet medførte derfor en udvidelse af anvendelsesområdet og beskyttelseskriterierne i forhold til forskelsbehandlingsloven vedtaget i 1996.

Direktivet bidrag dog ikke med en lovfæstning af handicapbegrebet eller en nærmere uddybning af tilpasningsforpligtelsens rækkevidde, hvorfor udstrækning må søges defineret ved hjælp af EU-domstolens- og national retspraksis.²³

¹⁸ FT 1995-96, Tillæg A s. 3541

¹⁹ FT 1995-96, Tillæg A s. 3541

²⁰ Lov nr. 459 af 12. juni 1996 § 1, stk. 1

²¹ Direktiv 2000/78/EF, artikel 1

²² Direktiv 2000/78/EF, artikel 1, 5 og betragtning 17 og 21

²³ Direktiv 2000/78/EF, betragtning 16-17 og 20-21 samt artikel 1, 5 og 10

3.3. Forskelsbehandlingslovens vedtagelse og ændringer

I medfør af vedtagelsen af beskæftigelsesdirektivet blev der i 2004 vedtaget to væsentlige ændringer til forskelsbehandlingsloven. Ændringen vedtaget i marts 2004 havde til formål at gennemføre dele af beskæftigelsesdirektivet og det etniske ligebehandlingsdirektiv.²⁴ Vedtagelsen i december 2004 skulle gennemføre den resterende del af beskæftigelsesdirektivet.²⁵ De førnævnte ændringer medførte tre væsentlige ændringer til forskelsbehandlingsloven fra 1996. For det første blev beskyttelseskriterierne alder og handicap, herunder også tilpasningsforpligtelsen, indarbejdet i loven.²⁶ Dernæst blev det nu eksplicit præciseret, at den direkte- såvel som indirekte forskelsbehandling er i strid med loven og slutteligt blev den delte bevisbyrde indført.²⁷ Den nærmere udstrækning af blandt andet tilpasningsforpligtelsen og dens grænser var dog ikke uddybet nærmere.

Som følge af implementeringen af direktiverne blev fortolkningen af forskelsbehandlingsloven underlagt princippet om EU-konform fortolkning, hvorfor den EU-retlige retspraksis spiller en stor rolle i fortolkningen af forskelsbehandlingslovens begreber - herunder handicapbegrebet og tilpasningsforpligtelsens udstrækning.²⁸

4. Beskyttelsen mod forskelsbehandling

4.1. Anvendelsesområdet

Forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde er bredt, og omfatter derfor ikke kun ansættelsessituationen, men omfatter endvidere forskelsbehandling under ansættelsen og i afskedigelsessituationen. Det samme gør sig gældende i relation til tilpasningsforpligtelsen.²⁹

4.1.1. Personkredsen

Personkredsen i tilknytning til tilpasningsforpligtelsen og forskelsbehandlingsloven i øvrigt, kan opdeles i de subjekter, som udgør lovens pligt- og rettighedssubjekter.³⁰ Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 2, at arbejdsgivere ikke må forskelsbehandle. Det samme gør sig gældende i relation til tilpasningsforpligtelsen i lovens § 2 a, hvoraf det følger, at *”arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige... ”*³¹. Arbejdsgiveren udgør dermed lovens pligtsubjekt.

På den anden side fastslår Beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 1, at direktivets beskyttede personkreds er *”alle personer ”*³² i tilknytning til beskæftigelse. Anderledes står det beskrevet i forskelsbehandlingsloven, hvor det efter ordlyden er *”... lønmodtagere og ansøgere til ledige stillinger... ”*³³, som udgør den beskyttede personkreds.³⁴ Foretages der udelukkende en ordlydsfortolkning af lovens § 2, ses den ikke umiddelbart at opfylde implementeringsbestemmelsen i direktivet, som jo netop omfatter alle personer. Derfor må fortolkningen af rettighedssubjekterne, som beskrevet i lovens § 2, fortolkes bredt.³⁵ Hvornår der er tale om en lønmodtager, er ikke yderligere uddybet i loven eller dens

²⁴ Direktiv 2000/43/EF ved Lov nr. 253 af 7 april 2004

²⁵ FT 2004-05, Tillæg A s. 2697

²⁶ FT 2004-05, Tillæg C s. 125, nr. 7 og 11

²⁷ FT 2003-04, Tillæg C s. 412, nr. 3 og 12

²⁸ (Nielsen, 2019) s. 479

²⁹ Forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1

³⁰ (Andersen, Nielsen, Precht, & Tvarnø, 2020) s. 92

³¹ Forskelsbehandlingsloven § 2 a

³² 2000/78/EF art. 3, stk. 1

³³ Forskelsbehandlingslovens § 2

³⁴ Forskelsbehandlingslovens § 2

³⁵ (Andersen, Nielsen, Precht, & Tvarnø, 2020) s. 92

forarbejder. Begrebet er dermed overladt til fortolkning. Det almindelige danske arbejdsretlige lønmodtagerbegreb er ikke entydigt fastlagt, men traditionelt omfatter det situationer, hvor en person modtager et vederlag for et personligt udført arbejde i et tjenesteforhold.³⁶ Personkredsen må dog som sagt fortolkes bredt i medfør af beskæftigelsesdirektivets ordlyd, hvorfor begrebet formentligt må fortolkes bredere end traditionelt i dansk ret.³⁷ Dette understreges blandt andet af beskæftigelsesministeriets udtalelse i sag 6601-0049. Her udtaler ministeriet, at lønmodtagerbegrebet skal fortolkes bredt, og at der derfor er lagt op til at begrebet kan fortolkes således, at andre grupper, herunder eksempelvis direktører, der normalt ikke omfattes af lønmodtagerbegrebet, alligevel vil være omfattet.³⁸

4.1.2. Direkte forskelsbehandling

Arbejdsgiverens direkte forskelsbehandling af en arbejdstager er i strid med forskelsbehandlingsloven. Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en række kriterier herunder – race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse – begrunder en forskelsbehandling. Det er i denne forbindelse afgørende for statueringen af den direkte forskelsbehandling, at den pågældende på baggrund af én eller flere af de førnævnte kriterier, *er* blevet behandlet eller *vil* blive behandlet ringere end andre personer i sammenlignelige situationer, førend der kan være tale om direkte forskelsbehandling.³⁹

Forbuddet mod direkte forskelsbehandling er en ufravigelig rettighed, som tilkommer rettighedssubjektet. Derfor kan der ikke lovligt med henvisning til forskelsbehandlingens rimelighed, proportionalitet eller saglighed, ske direkte forskelsbehandling – modsat indirekte forskelsbehandling.⁴⁰ Der findes dog en række undtagelser til udgangspunktet i lovens kapitel 3, hvorefter direkte forskelsbehandling alligevel undtagelsesvist er tilladt. I relation til den ulovlige direkte forskelsbehandling spiller tilpasningsforpligtelsen ikke en selvstændig rolle, da direkte forskelsbehandling som udgangspunkt altid vil være ulovligt.⁴¹

4.1.3. Indirekte forskelsbehandling

Indirekte forskelsbehandling er som udgangspunkt i strid med forskelsbehandlingsloven. Anvendelsesområdet findes i lovens § 1, stk. 3. Det fremgår heraf, at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grund af handicap, ”når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral”⁴², stiller arbejdstagere med et handicap ringere end andre arbejdstagere. Modsat direkte forskelsbehandling, har en arbejdsgiveren mulighed for i en række tilfælde at foretage en lovlig indirekte forskelsbehandling, hvorfor § 1, stk. 3 ikke er til hinder for, at arbejdsgiveren kan afskedige arbejdstageren til trods for, at dette vil udgøre indirekte forskelsbehandling. Det er dog betinget af, at det er objektivt begrundet i et sagligt formål, og dette endvidere er proportionelt.⁴³

Tilpasningsforpligtelsen spiller en væsentlig rolle ved vurderingen af indirekte forskelsbehandling på grund af handicap, da forpligtelsen fremgår direkte af ordlyden af § 1, stk. 3. Denne henvisning betyder, at i de situationer, hvor den indirekte forskelsbehandling er objektivt begrundet i et sagligt formål og er proportionelt, skal arbejdsgiveren endvidere have undersøgt, hvorvidt indførelse af en

³⁶ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 91

³⁷ (Andersen, Nielsen, Precht, & Tvarnø, 2020) s. 92

³⁸ (Sand, Jacob, 2006)

³⁹ Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2

⁴⁰ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 113

⁴¹ Hortens notat om handicap s. 40

⁴² Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3

⁴³ (Hasselbalch & Munkholm, 2019) s. 208

række relevante tilpasninger, kan medvirke til at fastholde eller give pågældende adgang til beskæftigelse. Arbejdsgiveren kan derfor ikke lovligt forskelsbehandle arbejdstageren, såfremt tilpasningsforpligtelsen ikke er iagttaget.⁴⁴

Legitimiteten af indirekte forskelsbehandling har også været behandlet i EU-domstolens dom af 11. september 2019. Sagen omhandlede en virksomhed, som skulle afskedige flere medarbejdere i en større afskedigelsesrunde. Til at udvælge de omfattede medarbejdere, havde virksomheden opstillet en række tilsyneladende neutrale kriterier, herunder kriterier som indebar medarbejdernes fleksibilitet, fravær og produktivitet.⁴⁵ EU-domstolen skulle blandt andet tage stilling til om en arbejdsgiver inden for rammerne af direktivet, lovligt kunne afskedige en arbejdstager med et handicap, såfremt de opfyldte de objektive kriterier. EU-domstolen fandt, at disse ellers tilsyneladende neutrale kriterier, indebar indirekte forskelsbehandling af medarbejderne, som led af et handicap, medmindre at arbejdsgiveren havde iagttaget tilpasningsforpligtelsen.⁴⁶ EU-domstolen understreger dermed sammenhængen mellem den indirekte forskelsbehandling og tilpasningsforpligtelsen. Lovligheden af indirekte forskelsbehandling på baggrund af handicap, er dermed betinget af iagttagelsen af tilpasningsforpligtelsen.⁴⁷

4.2. Handicapbegrebet

Det er i strid med forskelsbehandlingsloven at forskelsbehandle på grund af handicap. Det er derfor afgørende, hvad der i lovens forstand udgør et handicap. På samme måde spiller handicapbegrebet en central rolle i forhold til tilpasningsforpligtelsen, da den netop er betinget af, at der er et handicap. Handicapbegrebet er et EU-retligt fællesbegreb, hvorfor udstrækningen af begrebet skal søges og er søgt udledt ved EU-domstolen.⁴⁸ Specielt tre afgørelser fra EU-domstolen er relevante for fortolkning af handicapbegrebet. Det er Chacón Navas-sagen, de forenede sager, Ring/Werge samt Daouidi-sagen.

4.2.1. Handicap ctr. sygdom

I EU-domstolens afgørelse af 11. juli 2006 (Chacón Navas) foretog EU-domstolen første gang en fortolkning af udstrækningen af handicapbegrebet – herunder handicap ctr. sygdom. Domstolen fastslog indledningsvist, at handicapbegrebet skulle fortolkes således, at personen, som påstår at være omfattet af begrebet skal have; *”en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet”*⁴⁹ og begrænsningen skal *”muligvis være af lang varighed”*⁵⁰. EU-domstolen tog endvidere stilling til, hvorvidt sygdom i sig selv kan begrunde en beskyttelse i medfør af beskæftigelsesdirektivet. Det fremgår af afgørelsens præmis 44, at lovgiver *”ved anvendelsen af begrebet ”handicap” i direktivets artikel 1, bevidst valgte et udtryk, der adskiller sig fra ”sygdom”. En umiddelbar sidestilling af de to begreber er derfor udelukket”*⁵¹. Altså har der været en klar hensigt med at adskille sygdom og handicap fra hinanden. Domstolen anførte desuden i præmis 46, at det ikke fremgik af direktivet, at beskyttelsen mod forskelsbehandling på baggrund af handicap allerede skulle foreligge ved sygdom. Domstolen fandt derfor, at en person som alene afskediges på baggrund af sygdom, ikke omfattes af det generelle beskyttelsesområde.⁵²

⁴⁴ FT 2004-05, Tillæg A, s. 2705, nr. 5

⁴⁵ Sag C-397/18, præmis 57-60

⁴⁶ Sag C-397/18, præmis. 75

⁴⁷ (Andersen, et al., 2020b) s. 906

⁴⁸ (Nielsen, Dansk arbejdsret, 2016) s. 480-81

⁴⁹ Sag C-13/05, præmis 43

⁵⁰ Sag C-13/05, præmis 45

⁵¹ Sag C-13/05, præmis 44

⁵² Sag C-13/05, præmis 45-47

I de forenede sager Ring/Werge havde EU-domstolen lejlighed til at præcisere domstolens fortolkning af handicapbegrebet, som først beskrevet i Chacón Navas-sagen. Sagerne fastslog dermed, at begrebet efterfølgende skulle fortolkes således at:⁵³ *”en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uheldelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”*⁵⁴ omfattes. Ring/Werge-sagerne videreførte også adskillelsen af sygdom og handicap, men fastslog dog, at sygdom kan være omfattet af direktivets beskyttelse, hvis sygdommen medfører en begrænsning i overensstemmelse med handicapbegrebet.⁵⁵ I afgørelsens præmis 40 fastslog EU-domstolen, at det ikke har en betydning, hvordan sygdommen eller lidelsen er opstået. Lidelsen eller sygdommen kan derfor både være selvforskyldt eller medfødt.⁵⁶ Dette er efterfølgende også blevet behandlet i Kaltoft-sagen, hvor EU-domstolen i overensstemmelse med Ring/Werge-sagerne, fandt at det ikke havde en betydning for beskyttelsen, om tilstanden måtte anses for at være selvforskyldt, medfødt eller ikke medfødt.⁵⁷

4.2.2. Lang varighed

Allerede i Ring/Werge-sagerne fastslog EU-domstolen, at begrænsningen omfattet af begrebet skulle være langvarig. Det blev dog ikke belyst, hvad langvarig indebar, eller hvilke beviser der bør lægges vægt på ved en sådan vurdering. Dette havde EU-domstolen lejlighed til at præcisere i Daouidi-sagen.

Indledningsvist anførte domstolen i præmis 56 en række indicier, som kan pege på, at der i det konkrete tilfælde er tale om en begrænsning af lang varighed. EU-domstolen pegede blandt andet på, indicier såsom arbejdstagerens manglende arbejdsevne, såfremt denne ikke kan bedres eller normaliseres på kort sigt, eller at den manglende arbejdsevne kan være berørt i betydeligt længere tid, førend arbejdstageren kan anses for rehabiliteret. Der er dog ikke tale om en udtømmende liste, men en liste som *”kan udgøre”*⁵⁸ holdepunkterne for, at der er tale om en begrænsning af lang varighed.⁵⁹ Domstolen behandlede endvidere, hvad der kan udgøre relevante bevismidler i forhold til at kunne bevise, at en begrænsning er langvarig. Domstolen anførte, at retten i disse tilfælde, skal *”lægge samtlige de objektive beviselementer, den råder over, til grund – navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger”*⁶⁰. Dermed blev kravet om, at der skal være tale om en lægelig diagnosticeret begrænsning, førend en begrænsning kan anses for omfattet af handicapbegrebet, modificeret.⁶¹

EU-domstolens dom i denne sag understregede dermed, at arbejdstagerens prognose kan spille en afgørende rolle for vurderingen af, om der er tale om en tilstand af lang varighed. Hvorvidt en arbejdstager er omfattet af kravet om lang varighed er i sidste ende en vurdering, som domstolene skal vurdere.⁶²

⁵³ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 37

⁵⁴ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 47

⁵⁵ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 41-42

⁵⁶ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 40

⁵⁷ Sag C-354/13, præmis 55-56

⁵⁸ Sag C-395/15, præmis 56

⁵⁹ Sag C-395/15, præmis 56

⁶⁰ Sag C-395/15, præmis 54

⁶¹ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 350

⁶² (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 350

4.3. Bevisbyrderegler

I dansk ret er det almindelige udgangspunkt ligefrem bevisbyrde. Det betyder, at den part, der påstår at have et krav mod en anden skal kunne godtgøre, at kravet mod modparten består. Reglen er dog deklaratisk, hvorfor udgangspunktet blandt andet kan fraviges ved lov til gunst for den forurettede part.⁶³ I arbejdsretten er udgangspunktet i en række lovbestemte situationer fraveget. Det er tilfældet ved omvendt bevisbyrde i ligebehandlingsloven⁶⁴ samt den delte bevisbyrde i forskelsbehandlingsloven og ligebehandlingsloven⁶⁵.

4.3.1. Delt bevisbyrde

Ved implementeringen af beskæftigelsesdirektivet indførtes en delt bevisbyrde i forskelsbehandlingsloven.⁶⁶ Formålet var at sikre en lempeligere bevisbyrde for arbejdstagere. Det betyder, at udgangspunkt om ligefrem bevisbyrde fraviges i sager om forskelsbehandling.⁶⁷ Det følger af lovens § 7 a, at en person, der anser sig for krænket i medfør af lovens §§ 2-4, skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er tale om forskelsbehandling af den pågældende, i den konkrete sag. Herefter vil det påhvile arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden for, at der ikke foreligger forskelsbehandling.⁶⁸ Den delte bevisbyrde kan derfor opdeles i tre steps: 1) de faktiske omstændigheder 2) formodning for forskelsbehandling og 3) krænkelse af princippet om lighed.⁶⁹

Faktiske omstændigheder:

Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at arbejdstageren skal kunne påvise, at der foreligger en eller flere faktiske omstændigheder, som bevirker at pågældende er omfattet beskyttelseskriterierne i loven. Hvad der udgør faktiske omstændigheder i den enkelte sag er ikke fastsat ved lov, men skal vurderes ud fra den frie bevisbedømmelse og iagttagelse af retspraksis.⁷⁰ Arbejdstagerens påvisning af faktiske omstændigheder vil i høj grad afhænge af, hvorvidt arbejdsgiveren er bekendt med handicappet. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at arbejdstageren er handicappet, men arbejdsgiverens handling skal være begrundet i handicappet.⁷¹

Formodning for forskelsbehandling:

Arbejdstageren skal kunne bevise, at de faktiske omstændigheder giver anledning til at formode, at der er tale om forskelsbehandling.⁷² Hvad der skal indgå i denne vurdering er ikke fastlagt ved lov, hvorfor dette må vurderes ud fra retspraksis og gennem parternes frie bevisførelse.⁷³ Retspraksis viser, at såfremt en arbejdsgiver afskediger en arbejdstager med begrundelse i pågældendes sygefravær⁷⁴ eller pågældendes funktionsbegrænsninger⁷⁵, vil der formentlig være tale om faktiske omstændigheder, som vil indikere en formodning for forskelsbehandling. Der vil modsat ikke være formodning for forskelsbehandling, når en række arbejdstagere afskediges som led i en nedskæringsproces,

⁶³ Beskæftigelsesministeriets notat om bevisbyrde s. 1

⁶⁴ Ligebehandlingslovens § 16, stk. 4

⁶⁵ Ligebehandlingslovens § 16 a

⁶⁶ 2000/78/EF, betragtning nr. 31

⁶⁷ FT 2003-04, Tillæg A, s. 1221, nr. 12

⁶⁸ Forskelsbehandlingslovens § 7 a

⁶⁹ Beskæftigelsesministeriets vejledning, afsnit 7.1

⁷⁰ FT 2003-04, Tillæg A, s. 1221, nr. 12

⁷¹ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 182

⁷² Forskelsbehandlingslovens § 7 a

⁷³ FT 2003-04, Tillæg A, s. 1221, nr. 12

⁷⁴ Sag B-2579-12, hvor lønmodtageren blev afskediget med begrundelse i sygefraværet

⁷⁵ U.2015.1169 V, hvor en montør blev afskediget pga. medarbejderens funktionsbegrænsning, som indebar at montøren ikke kunne kravle på knæ eller foretage tunge løft

hvor medarbejdernes er udvalgt på baggrund af en række neutrale og generelle betingelser, medmindre disse kriterier rammer skævt, og dermed er udtryk for indirekte forskelsbehandling.⁷⁶

Krænkelse af princippet om lighed:

Bevisbyrden vil først vende på det tidspunkt, hvor arbejdstageren har påvist faktiske omstændigheder, der vil give anledning til at formode, at der er tale om forskelsbehandling. Arbejdsgiveren skal herefter løfte bevisbyrden for, at der ikke er sket forskelsbehandling. Arbejdsgiverens skal med andre ord bevise, at afskedigelsen er sket ud fra saglige og lovlige hensyn, og ikke er begrundet i arbejdstagerens handicap.⁷⁷

4.3.2. Tilpasningsforpligtelsen

Reglerne om bevisbyrde er særdeles relevant i relation til tilpasningsforpligtelsen. Det skyldes, at udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde fraviges. Det betyder, at det er arbejdstageren som skal påvise at der foreligger faktiske omstændigheder og at disse omstændigheder giver anledning til at formode, at der foreligger forskelsbehandling – herunder, at arbejdstageren har et handicap i lovens forstand. Modsat skal arbejdsgiveren løfte bevisbyrden for, at denne har opfyldt tilpasningsforpligtelsen, hvilket i praksis har vist sig vanskeligt for arbejdsgiveren.⁷⁸ I naturlig forlængelse heraf, er det relevant at undersøge, hvornår arbejdsgiverens forpligtelse til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger indtræder.

4.3.2.1. Arbejdsgivers viden eller burde viden

Betydningen af arbejdsgivers viden eller burde viden til arbejdstagerens handicap og dennes betydning for tilpasningsforpligtelsen, har været behandlet i retspraksis. Navnlig i afgørelsen U.2015.3301 H. Sagen omhandlede arbejdstageren A, som havde pådraget sig en piskesmældsskade i en færdselsulykke. A var af flere omgange blevet sygemeldt, og blev til sidst fuldtidssygemeldt indtil afskedigelsen. 17 dage før opsigelsen blev der afgivet en speciallægeerklæring, som ud fra dens vurdering af A's funktionsnedsættelse og prognose måtte medføre, at A ansås som omfattet af handicapbegrebet. Sagen blev indbragt for EU-domstolen ved et præjudicielt spørgsmål. EU-domstolen besvarede spørgsmålet i de forenede Ring og Werge sager.⁷⁹ Højesteret afsagde efterfølgende dom i Werge-sagen.⁸⁰

Førend der kan foreligge forskelsbehandling på baggrund af handicap, skal arbejdstageren på opsigelsestidspunktet anses for at have et handicap i overensstemmelse med handicapbegrebet. Indledningsvist tog retten stilling til, hvorvidt A havde et handicap i lovens forstand. Højesteret fandt, at A havde et handicap, henset til sygdommens begrænsning i form af en funktionsnedsættelse, som hindrede A i at arbejde som andre, samt at prognosen for begrænsningen var af lang varighed. Retten skulle herefter blandt andet tage stilling til, hvilken betydning arbejdsgiverens viden eller burde viden havde for vurderingen af handicapbegrebet. Retten anførte hertil, ”at det på baggrund af EU-Domstolens definition af handicapbegrebet må antages at være uden betydning for bedømmelsen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren, Pro Display, vidste eller burde vide, at A's sygdom havde medført et handicap.”⁸¹ Højesteret fastslog dermed, at arbejdsgiverens viden eller burde viden

⁷⁶ Beskæftigelsesministeriets vejledning, afsnit 7.1.

⁷⁷ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 463 ff.

⁷⁸ (Nielsen, 2017) s. 255

⁷⁹ Sag C-335/11 og C-337/11

⁸⁰ U.2015.3301 H s. 3318

⁸¹ U.2015.3301 H

ikke havde en selvstændig betydning for vurderingen af, om en arbejdstager er omfattet af handicapbegrebet. Vurderingen af handicapet sker således på baggrund af de objektive konstaterbare forhold vedrørende arbejdstagerens sygdom eller funktionsnedsættelse mv.⁸²

Retten skulle herefter tage stilling til, hvorvidt arbejdsgiverens kundskab havde betydning for indtrædelsen af tilpasningsforpligtelsen. Retten fastslog hertil, at *"Det er en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat forpligtelsen, at arbejdsgiveren ved eller bør vide, at arbejdstageren er handicappet."*⁸³. I vurderingen af arbejdsgiverens viden eller burde viden, anfører retten, at det samlede forløb bør tages i betragtning, og det er overladt til arbejdstageren at godtgøre, at arbejdsgiveren havde viden om handicapet eller burde have denne viden. I nærværende sag fandt retten dog, at arbejdsgiveren ikke vidste eller burde vide, at arbejdstagerens sygdom havde medført et handicap, hvorfor arbejdsgiveren ikke havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen. Retten lagde blandt andet vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde modtaget eller fået refereret indholdet af speciallægeerklæringen, som beskrev sygdommen som omfattet af handicapbegrebet, og at A gennem hele sygemeldingen havde haft kontakt til arbejdsgiveren, hvor A havde givet udtryk for håb om, at hun kom tilbage.⁸⁴

Retten fastslog dermed, at vurderingen af, hvorvidt en arbejdstager er omfattet af handicapbegrebet, er uafhængig af arbejdsgiverens viden eller burde viden. Modsat er tilpasningsforpligtelsens indtræden afhængig af arbejdsgiverens kendskab til handicapet.

4.4. Konsekvens ved tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen

Formår en arbejdsgiver ikke at løfte bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen er iagttaget, kan arbejdstageren tilkendes en godtgørelse i medfør af forskelsbehandlingslovens § 7. Modsat sanktionsmulighederne i Ligebehandlingsloven⁸⁵, er der ikke i forskelsbehandlingsloven hjemmel til at underkende en afskedigelse.

4.4.1. Hvor anlægges sagen?

Arbejdstagers påstand om forskelsbehandling, herunder arbejdsgivers manglende iagttagelse af tilpasningsforpligtelsen, kan anlægges ved de almindelige domstole eller for Ligebehandlingsnævnet.

Ligebehandlingsnævnet er et uafhængigt nævn, som har kompetence til at behandle sager om forskelsbehandling. Udgangspunktet er, at alle med en retlig interesse har mulighed for at klage til nævnet.⁸⁶ Dog skal klager først have udtømt muligheden for administrativ rekurs, førend nævnet kan behandle klagen.⁸⁷

Mange klagerer ønsker i første omgang at indbringe deres klagesag for Ligebehandlingsnævnet, da behandlingen i nævnet er omkostningsfrit, modsat behandlingen ved domstolene. Opnår klageren medhold i nævnet, og arbejdsgiveren efterfølgende ikke efterlever afgørelsen, har klageren mulighed for at indbringe sagen for domstolene. I det tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke har efterlevet afgørelsen, vil Kammeradvokaten føre sagen for klageren uden omkostninger, da nævnet indtræder som mandatar for klager. Efterlevers afgørelsen, har klager mulighed for at anke afgørelsen til domstolene.

⁸² U.2015.3301 H

⁸³ U.2015.3301 H s. 3318

⁸⁴ U.2015.3301 H s. 3318-19

⁸⁵ Ligebehandlingsloven § 16, stk. 1

⁸⁶ Ligebehandlingsnævnsloven § 1, stk. 7

⁸⁷ Ligebehandlingsnævnsloven § 4

Nævnet vil som udgangspunkt ikke indtræde som mandatar for klager, hvorfor klager ved anke til domstolene må afholde omkostningerne, som er forbundet med ankesagen.⁸⁸

4.4.2. Godtgørelse

Har arbejdstagen med et handicap påvist faktiske omstændigheder, og formår arbejdsgiveren ikke at løfte bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen er iagttaget, ifalder arbejdsgiveren et godtgørelsesansvar efter lovens § 7, stk. 1.⁸⁹

Der fremgår ikke af lovens eller direktivets ordlyd en minimums- eller en maksimumsramme for den tilkendte godtgørelse. Det er derfor overladt til Ligebehandlingsnævnet og domstolene at fastlægge et passende niveau. Fastlæggelsen skal ske under hensyntagen til sagens konkrete omstændigheder, og under iagttagelsen af det EU-retlige effektivitetsprincip i medfør af beskæftigelsesdirektivets artikel 17⁹⁰, samt overtrædelsens grovhed.⁹¹ Bestemmelsens ordlyd bidrager heller ikke med et syn på, hvilke konkrete omstændigheder, der som minimum skal tages hensyn til, når den konkrete godtgørelse skal fastlægges.⁹² Som en konsekvens heraf, har Ligebehandlingsnævnet og domstolene udviklet en praksis for niveauet af godtgørelsen, og hvilke omstændigheder der har betydning for godtgørelsesniveauet. Dette belyses i U.2013.2575 H, der omhandlede en advokatsekretær med ADHD, som uberettiget blev bortvist fra hendes arbejdsplads. Retten fandt, at kvinden var omfattet af handicapbegrebet og var blevet bortvist på grund af hendes ADHD-lidelse, hvorfor der forelå direkte forskelsbehandling. Kvinden var derfor berettiget til godtgørelse i medfør af lovens § 7, stk. 1. Retten fandt, at der i forbindelse med fastlæggelsen af niveauet for godtgørelsen, skulle tages udgangspunkt i den praksis og de retningslinjer, som havde udviklet sig i relation til ligebehandlingslovens § 9. I nærværende sag forelå der efter rettens opfattelse ikke konkrete omstændigheder, som kunne begrunde en fravigelse af den udviklede praksis.⁹³ Dette betyder med andre ord, at Ligebehandlingsnævnet og domstolene, i overensstemmelse med praksissen i forhold til afskedigelser i strid med ligebehandlingslovens § 9, som udgangspunkt skal fastsætte godtgørelsen svarende til 6, 9 eller 12 måneders løn, dog under hensyntagen til arbejdstagerens anciennitet og sagens konkrete omstændigheder, som kan medføre fravigelse i opadgående- eller nedadgående retning.⁹⁴

5. Tilpasningsforpligtelsen

Tilpasningsforpligtelsen har til formål at skabe muligheden for, at personer med et handicap kan opnå beskæftigelse på det danske arbejdsmarked på lige vilkår med personer uden et handicap.⁹⁵

I de følgende underafsnit vil det blive undersøgt, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder, hvad denne pligt indebærer – herunder grænserne for tilpasningsforpligtelsen.

5.1. Anvendelsesområde

Tilpasningsforpligtelsen er betinget af to ting. For det første skal arbejdstageren have et handicap, som er omfattet af handicapbegrebet. Dette er præciseret ved tilpasningsforpligtelsens ordlyd, hvoraf det fremgår at *”Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning*

⁸⁸ (Ankestyrelsen, 2020)

⁸⁹ Forskelsbehandlingsloven § 7, stk. 1

⁹⁰ FT 2003-04, Tillæg A, s. 1221, nr. 11

⁹¹ FT 1995-96, Tillæg A, s. 3545, § 7

⁹² Forskelsbehandlingsloven § 7, stk. 1

⁹³ U.2013.2575 H s. 2587

⁹⁴ U.2015.1 H, hvor den tilkendte godtgørelse, jf. lovens § 7, stk.1 blev fastsat til en godtgørelse svarende til 4 måneders løn, da retten fandt, at der forelå formidlende omstændigheder, der begrundede fravigelse af udgangspunktet.

⁹⁵ 2000/78/EF, betragtning 9

af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse... ”⁹⁶.⁹⁷ Tilpasningsforpligtelsen er ifølge dens ordlyd, alene relevant i de tilfælde, hvor der sker forskelsbehandling på baggrund af handicap. Forskelsbehandling på baggrund af handicap adskiller sig derved fra de øvrige beskyttelseskriterier, da arbejdsgiveren kun ved forskelsbehandling på grund af handicap vil blive underlagt en forpligtelse til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger.⁹⁸ For det andet er arbejdsgiverens viden en forudsætning for, hvornår arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse indtræder.⁹⁹

5.2. Kronologi

Ved en gennemgang af EU-domstolens retspraksis kan der udledes en fremgangsmåde for domstolens behandling af sager om tilpasningsforpligtelsen. En fastlagt kronologi er ikke alene belejligt for at sikre arbejdsgiverens korrekte håndtering af sager omhandlende tilpasningsforpligtelsen, men også for at sikre det processuelle systems ensartede behandling af sådanne sager.

I EU-domstolens behandling af Ring/Werge-sagerne og Ibérica-sagen tegner der sig en tydelig kronologi i relation til, hvordan spørgsmålet om arbejdsgivers pligt til at foretage passende tilpasninger bør behandles. Der kan udledes tre overordnede steps:

1) Er arbejdstageren omfattet af handicapbegrebet?

Indledningsvist må domstolen foretage en vurdering af, hvorvidt arbejdstageren er omfattet af handicapbegrebet,¹⁰⁰ da det er en forudsætning for arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, at arbejdstageren har et handicap, som hæmmer dennes mulighed for at opnå eller fastholde beskæftigelse.¹⁰¹ Dog fastslår EU-domstolen i førnævnte sager, at konstateringen af om arbejdstageren har et handicap, skal gå forud for vurderingen af, hvilke passende tilpasninger, der er relevante i det konkrete tilfælde.¹⁰²

2) Foreligger der forskelsbehandling?

Såfremt arbejdstageren kan anses for omfattet af handicapbegrebet, må det efterfølgende vurderes, hvorvidt arbejdstageren har været udsat for direkte eller indirekte forskelsbehandling.¹⁰³

3) Arbejdsgivers pligt til at afdække passende foranstaltninger?

Når det er fastslået, at arbejdstageren er omfattet af handicapbegrebet og der foreligger forskelsbehandling, må det vurderes, hvorvidt arbejdsgiveren i et rimeligt omfang har foretaget passende tilpasninger. Arbejdsgiveren skal derfor afdække, hvilke foranstaltninger, der ud fra en konkret vurdering af arbejdstagerens behov, er passende.¹⁰⁴

Efter afdækningen af, hvilke tilpasninger der er passende, må det vurderes, hvorvidt iværksættelsen af de relevante tilpasninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. I denne henseende skal der lægges vægt på hensynene som beskrevet i direktivets betragtning nr. 21, nemlig hensynet til de finansielle og de andre relevante omkostninger, virksomhedens størrelse og muligheden for støtte – herunder offentlig støtte.¹⁰⁵ Afslutningsvist må det vurderes, hvorvidt arbejdstageren

⁹⁶ Forskelsbehandlingslovens § 2 a

⁹⁷ 2000/78/EF, betragtning 9

⁹⁸ (Kristiansen, J., 2020) kapitel 9, afsnit 4.3

⁹⁹ Henvises til afsnit 4.3.2.1.

¹⁰⁰ Sag C-397/18, præmis 41-45

¹⁰¹ Afsnit 4.2.

¹⁰² Sag C-397/18, præmis 46 samt sag C-335/11 og C-337/11, præmis 45

¹⁰³ Sag C-397/18, præmis 55-62

¹⁰⁴ Sag C-397/18, præmis 65 samt sag C-335/11 og C-337/11, præmis 58

¹⁰⁵ Sag C-397/18, præmis 63-65 samt sag C-335/11 og C-337/11, præmis 57-58

er kompetent, egnet og disponibel i relation til at kunne varetage de *væsentlige* funktioner i stillingen, når de relevante tilpasninger er iværksat. Er dette ikke muligt, foreligger der ikke i direktivet en pligt for arbejdsgiveren til at ansætte eller fastholde arbejdstageren.¹⁰⁶

I de følgende afsnit vil indholdet og betydning af de overstående tre steps blive belyst.

5.3. Hvad indebærer tilpasningsforpligtelsen?

Tilpasningsforpligtelsen er lovfæstet i forskelsbehandlingslovens § 2 a. Bestemmelsen pålægger arbejdsgiveren at foretage de tilpasninger, som ud fra arbejdstagerens konkrete behov må anses for hensigtsmæssige, medmindre at arbejdsgiveren herved vil blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde,¹⁰⁷ eller at arbejdstageren ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen ved hjælp af tilpasningerne.¹⁰⁸ Den nærmere udstrækning af tilpasningsforpligtelsen og dens grænser, er ikke lovfæstet i loven eller direktivet. Dette er derfor overladt til fortolkning. Dog er kronologien for behandlingen af sagerne vedrørende tilpasningsforpligtelsen klar. 1) arbejdsgiveren skal undersøge, overveje og eventuelt afprøve mulige tilpasninger, 2) arbejdsgiveren må efterfølgende løfte bevisbyrden for, at den eller disse mulige tilpasninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde og 3) arbejdsgiveren må løfte bevisbyrden for, at arbejdstageren med hjælp af de mulige tilpasninger ikke er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen.¹⁰⁹

5.3.1. Hensigtsmæssige foranstaltninger

Kernen af tilpasningsforpligtelsen er arbejdsgivers pligt til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger, der bidrager til, at arbejdstageren gives adgang til beskæftigelse, gør at arbejdstageren kan beholde sin stilling eller udvikle sig på lige fod med arbejdstagere uden et handicap. De mulige tilpasninger skal dog vurderes i relation til den enkeltes konkrete behov som konsekvens af handicapet.¹¹⁰ Målet er med andre ord ikke opfyldt førend arbejdstageren kan beskæftiges på lige vilkår med andre arbejdstagere.

Udstrækningen af, hvad der udgør hensigtsmæssige foranstaltninger, er ikke udtømmende fastlagt i direktivet eller forskelsbehandlingsloven. Det fremgår dog af direktivets betragtning nr. 20, at passende foranstaltninger, f.eks. kan være tilpasning af udstyr og indretning af lokaler mv. I denne sammenhæng er det vigtigt at hæfte sig ved, at ordet ”f.eks.” fremgår betragtningens ordlyd. Der er altså ikke tale om en udtømmende opstilling af mulige tilpasninger. Der er alene tale om, at foranstaltningerne først og fremmest skal være passende foranstaltninger, herunder ”*effektive og praktiske med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet*”¹¹¹. Tilpasningsforpligtelsen er altså dynamisk og den nærmere udstrækning heraf skal derfor søges belyst i retspraksis.

Udstrækningen af mulige tilpasninger er løbende blevet behandlet i retspraksis. Tilpasningerne kan inddeles i tre overordnede kategorier: fysiske tilpasninger, organisatoriske tilpasninger og tilpasninger til arbejdets tilrettelæggelse.¹¹² I Ring/Werge sagerne blev det fastslået, at en nedsættelse af arbejdstiden kan anses som en mulig tilpasning.¹¹³ Ombygning af kontorer eller andre forhold på en

¹⁰⁶ Sag C-397/18, præmis 74 samt sag C-335/11 og C-337/11, præmis 57

¹⁰⁷ Forskelsbehandlingslovens § 2 a

¹⁰⁸ 2000/78/EF, betragtning 17

¹⁰⁹ Afsnit 5.2.

¹¹⁰ FT 2004-05, Tillæg A s. 2707

¹¹¹ 2000/78/EF, betragtning nr. 20

¹¹² (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 431

¹¹³ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 55 og U.2015.3301 H s. 3313

arbejdsplads,¹¹⁴ og tildeling af eksempelvis et hæve/sænke bord ansås ligeledes for at være mulige hensigtsmæssige tilpasninger.¹¹⁵ På den anden side kunne en opnormering af medarbejderstaben ikke anses for at være hensigtsmæssig.¹¹⁶

Hvad der i det enkelte tilfælde kan kategoriseres som en hensigtsmæssige tilpasning må i sidste ende være en konkret vurdering. Arbejdsgiveren skal med andre ord se på arbejdstagerens konkrete behov i relation til, hvordan handicappet skaber begrænsninger for opnå eller fastholde beskæftigelse. Der kan derfor ikke som udgangspunkt opstilles en liste over tilpasninger, som en arbejdsgiver i alle tilfælde skal søge undersøgt og eventuelt afprøvet. Det er dog en forudsætning, at tilpasningerne er egnede i det konkrete tilfælde og kan opfylde formålet med at få eller bibeholde arbejdstageren i beskæftigelse, således at arbejdstageren kan indgå i beskæftigelse på lige vilkår med arbejdstagere uden handicap.¹¹⁷

5.3.1.1. *Initiativ til tilpasninger*

Anlægges der alene en ordlydsfortolkning af direktivets artikel 5 og forskelsbehandlingslovens § 2 a er det tydeligt, at bestemmelsernes pligtsubjekt er arbejdsgiveren.¹¹⁸ I begge bestemmelser fremgår det, at det er arbejdsgiveren, der skal foretage passende og hensigtsmæssige tilpasninger henset til arbejdstagerens konkrete behov. Arbejdstagerens forpligtelser fremgår derfor ikke eksplicit af bestemmelsernes ordlyd. Det er derfor nærliggende at fastslå, at det som udgangspunkt er arbejdsgiveren, der når denne har viden eller burde vide om, at arbejdstageren er omfattet, også har initiativretten i forhold til, hvilke tilpasninger der er hensigtsmæssige og skal iværksættes.

Det udgangspunkt må dog modificeres blandt andet set i lyset af Højesterets afgørelse i U.2015.3827 H. Arbejdstageren A havde foreslået en række mulige tilpasning, heriblandt at A kunne flyttes til stillingen som leder for postafdelingen samt overtage nogle administrative opgaver knyttet hertil. A havde desuden foreslået muligheden for at gå ned på deltid og/eller eventuelt i fleksjob. Retten fandt, at *"efter bevisførelsen i øvrigt finder Højesteret, at Skibby Supermarked hverken har godtgjort, at de nævnte muligheder, samlet eller delvis, ikke kunne være tilbudt hende som hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, eller at de ville medføre en uforholdsmæssigt stor byrde."*¹¹⁹ ¹²⁰ Arbejdsgiveren havde derfor ikke undersøgt eller overvejet de af A foreslåede tilpasninger. Højesterets afgørelse viser, at arbejdsgiveren også er forpligtet til som minimum at overveje arbejdstagerens forslag til mulige tilpasninger, naturligvis med forbehold for, at tilpasningerne ikke er uforholdsmæssigt byrdefulde, eller at tilpasningerne ikke medfører, at arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel. Dette understreges endvidere i EU-domstolens afgørelse i Ring/Werge sagerne, hvor domstolen i præmis 58 bemærker, *"at de tilpasninger, som handicappede personer kan gøre krav på, i overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 5 skal være rimelige i den forstand, at de ikke må udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren."*¹²¹

Ligebehandlingsnævnet har ligeledes behandlet dette i deres notat om handicapbegrebet fra december 2018. Heri anføres det, at det er nævnets opfattelse, at der formentlig vil foreligge et fælles ansvar mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren i forhold til at finde mulige tilpasninger. Formentlig vil der

¹¹⁴ U.2011.2880 Ø

¹¹⁵ U.2014.1223 SH

¹¹⁶ U.2016.2463 H og afsnit 5.4.1

¹¹⁷ Sag B-2614-16

¹¹⁸ Afsnit 4.1.1.

¹¹⁹ U.2015.3827 H s. 3844

¹²⁰ U.2015.3827 H

¹²¹ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 58

også foreligge et fælles ansvar henset til afprøvningen af mulige passende foranstaltninger.¹²² Netop dette fælles ansvar for arbejdstageren og arbejdsgiveren er i en praktisk optik oplagt. Arbejdstageren har på den ene side indgående viden om, hvilke begrænsninger handicappet medfører. Derudover også, hvilke tilpasninger, som kan være oplagte i forhold til at kunne være kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen. På den anden side har arbejdsgiveren indgående viden omkring, hvilke tilpasninger, der ud fra stillingens indhold og virksomhedens forhold kan lade sig gøre, eksempelvis at arbejdstageren får en speciel computerskærm eller kontorstol.

Retspraksis viser desuden en tendens til at modificere udgangspunktet yderligere. I Ligebehandlingsnævnets afgørelser ses en tydelig tendens til at tillægge arbejdstagerens læges forslag til mulige tilpasninger stor betydning. Et eksempel er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 9. september 2020. Sagen omhandler en arbejdstager A, som lider af leddegigt. A blev afskediget, da arbejdsgiveren ikke mente, at A med de relevante tilpasninger var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen som pædagog. I denne sag, havde lægen i en mulighedserklæring foreslået en række mulige tilpasninger, herunder opstart på deltid med relevante skånehensyn. Arbejdsgiveren mente ikke, at disse var forenelige med stillingen som pædagog, da stillingen var fysisk betinget. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren ikke konkret havde undersøgt eller afprøvet mulige tilpasninger forud for afskedigelsen. Ydermere afprøvede arbejdsgiveren heller *”ikke tiltag i form af nedsat arbejdstid eller andre ledaflastende skånehensyn, som klagers læge anbefalede i mulighedserklæringen af 3. januar 2019.”*¹²³.¹²⁴ I Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 30. september 2020 indtog nævnet en lignende fortolkning. I denne sag blev en arbejdstager afskediget på grund af den manglende udsigt til hendes fulde tilbagevenden til arbejdet. I en mulighedserklæring, havde arbejdstagerens læge foreslået en deltidsstilling på 18 timer ugentligt. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren ikke havde undersøgt, afprøvet eller indgået i en dialog med arbejdstageren. Nævnet lagde i denne forbindelse stor vægt på, at arbejdsgiveren *”generelt har oplyst, at omplacering til en 18 timers stilling ville have været muligt, men ikke konkret undersøgte muligheden for eller indgik i dialog med klager om eventuelt nedsat tid på 18 timer ugentligt, som klagers læge anså for passende.”*¹²⁵.¹²⁶ Gennemgangen af ovenstående retspraksis viser en klar tendens til, at der lægges stor vægt på faglige eksperter, herunder lægers forslag til tilpasninger. En forudsætning herfor er naturligvis, at de foreslåede tilpasninger må anses for rimelige og kan bidrage til, at arbejdstageren fortsat er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen.

5.3.1.2. Undersøgelsespligten

Der har i retspraksis – navnlig i medfør af U.2015.3827 H – udviklet sig tre parameter, som arbejdsgiveren som udgangspunkt skal have iagttaget, førend tilpasningsforpligtelsen er iagttaget. Disse parametre er arbejdsgivers undersøgelses-, overvejelses- og afprøvningspligt. Indholdet og betydningen af disse vil blive belyse i dette samt de følgende underafsnit.

Undersøgelsespligten fremgår ikke eksplicit af loven. Spørgsmålet om der alligevel foreligger en sådan undersøgelsespligt, har været behandlet i retspraksis. Det blev første gang behandlet i U.2015.3827 H.¹²⁷ Indledningsvist fandt Højesteret, at arbejdstageren var omfattet af handicapbegre-

¹²² Ligebehandlingsnævnets notat om handicapbegrebet s. 38

¹²³ J.nr.19-39361

¹²⁴ J.nr.19-39361

¹²⁵ J.nr.19-34996

¹²⁶ J.nr.19-34996

¹²⁷ For sagen omstændigheder - afsnit 4.3.2.1. og 5.3.1.1.

bet, henset til funktionsbegrænsningens lange varighed. Retten skulle herefter tage stilling til om arbejdsgiveren var forpligtet til at iagttage tilpasningsforpligtelsen. Retten fandt, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren led af et handicap i lovens forstand, da arbejdsgiveren blandt andet blev orienteret om A's sygdom og havde deltaget i møder med kommunen om iværksættelse af tilpasninger. Arbejdsgiveren var derfor forpligtet til at foretage tilpasninger i medfør af tilpasningsforpligtelsen. Retten fandt dog, at arbejdsgiveren havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, da det ikke for retten var blevet godtgjort tilstrækkeligt, at de nævnte mulige tilpasninger ikke kunne være tilbudt A og ej heller udgjorde en uforholdsmæssig stor byrde. Højesteret anførte i dommens præmisser, at *"når en arbejdsgiver er blevet – eller burde være blevet – bekendt med en arbejdstagers handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger."*^{128, 129} Højesterets afgørelse fastslog dermed, at der foreligger arbejdsgiveren en undersøgelsespligt i forhold til at undersøge, hvilke tilpasninger der er hensigtsmæssige, naturligvis under hensyntagen til arbejdstagerens konkrete behov. Det betyder med andre ord, at tilpasningerne også skal være egnede, førend undersøgelsespligten er opfyldt. Undersøgelsespligten medfører derfor også, at arbejdsgiveren aktivt skal gøre en indsats for at opfylde tilpasningsforpligtelsen. Derfor vil arbejdsgiverens passivitet ikke kunne opfylde tilpasningsforpligtelsen. Forpligtelsen vil derfor formentlig allerede være tilsidesat, såfremt arbejdsgiveren ikke har undersøgt mulige passende tilpasninger.

Et andet centralt spørgsmål er naturligvis, hvornår undersøgelsespligten indtræder. Foretages der en ordlydsfortolkning af henholdsvis direktivet og forskelsbehandlingsloven foreskrives der ikke et tidspunkt for undersøgelsespligtens indtræden. I direktivets artikel 5 fremgår det, at der skal foretages *"tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov..."*¹³⁰. Direktivets artikel 5 giver således ikke en afklaring på, hvornår undersøgelsespligten indtræder, men alene hvad pligten skal formå at opfylde. Forskelsbehandlingslovens § 2 a beskriver på samme vis, som direktivets artikel 5, at *"Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov..."*¹³¹, hvorfor forskelsbehandlingsloven ej heller klarlægger, hvornår undersøgelsespligten indtræder. Indtrædelsestidspunktet må derfor fortolkes i overensstemmelse med retspraksis. Som beskrevet i afhandlingens afsnit 4.3.2.1's gennemgang af U.2015.3301 H, er arbejdsgivers viden eller burde viden en forudsætning for, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder. Indtrædelsen af undersøgelsespligten, som et delelement af tilpasningsforpligtelsen, må derfor ske på tidspunktet for arbejdsgiverens viden eller burde viden om arbejdstagerens handicap. Såfremt undersøgelsespligten ikke iagttages, vil det for arbejdsgiveren være svært at løfte bevisbyrden for, at arbejdsgiveren har forsøgt at foretage hensigtsmæssige tilpasninger i overensstemmelse med tilpasningsforpligtelsen.

5.3.1.3. Skal arbejdsgiveren overveje mulige tilpasninger?

En eventuel overvejespligt skal ses i nær sammenhæng med undersøgelsespligten. Denne indebærer, at arbejdsgiveren foruden pligten til at undersøge hensigtsmæssige tilpasninger, endvidere som minimum skal overveje relevante tilpasninger.

Højesteret behandlede i U.2016.2463 H spørgsmålet om vægtningen og betydningen af arbejdsgivers overvejelser i relation til tilpasningsforpligtelsen. Sagen omhandlede en byplanlægger A, som på grund af en trafikulykke havde pådraget sig nogle skader i armen, som medførte, at A ikke kunne

¹²⁸ U.2015.3827 H s. 3844

¹²⁹ U.2015.3827 H

¹³⁰ Direktiv 2000/78 EF art. 5

¹³¹ Forskelsbehandlingslovens § 2 a

arbejde på fuldtid. A var deltidssygemeldt og blev senere afskediget, da kommunen ikke ville ændre hendes stilling til en deltidstilling på 20 timer ugentligt, da dette ville være uforholdsmæssigt byrdefuldt. Indledningsvist fandt retten, at A i medfør af hendes funktionsbegrænsning og dens lange varighed var omfattet af handicapbegrebet. Dernæst fandt retten, at arbejdsgiveren havde viden om A's handicap, blandt andet på baggrund af en modtaget lægeerklæring og deltidssygemeldingen. Derfor havde arbejdsgiveren også en pligt til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger. Retten skulle blandt andet herefter behandle, hvorvidt arbejdsgiveren var forpligtet i medfør af tilpasningsforpligtelsen, til at tilbyde A en deltidstilling. Retten fandt, at det ikke lå inden for arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse at tilbyde A en deltidstilling, og dermed havde arbejdsgiveren ikke tilsidesat tilpasningsforpligtelsen. Retten lagde blandt andet vægt på, at der i en periode, hvor A havde arbejdet 20 timer ugentligt, havde været et urimeligt stort pres på de to øvrige byplanlæggere i afdelingen. De lagde endvidere vægt på direktørens forklaring om, at arbejdet ikke kunne udføres i denne konstruktion uden, at der blev tilført flere ressourcer, blandt andet henset til opgavernes kompleksitet og kommunens forpligtelse til at leve op til kommunens serviceniveau.¹³² Arbejdsgiveren havde derfor undersøgt mulige tilpasninger, men i nærværende sag lagde retten stor vægt på, *"at det blev overvejet, om medarbejdere i andre afdelinger kunne dække de manglende timer i planafdelingen"*¹³³ og *"at det blev overvejet at overføre A til en anden stilling i kommunen, men at der ikke var brug for hendes specialistfunktion i andre afdelinger"*¹³⁴.

Retspraksis fra Ligebehandlingsnævnet viser, at nævnet ligeledes tillægger arbejdsgiverens overvejelser en stor betydning i relation til, hvorvidt der er sket en tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen. Et eksempel herpå er Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 24. februar 2016. Sagen omhandlede en arbejdstager der blev diagnosticeret med sklerose. Arbejdstageren blev efterfølgende afskediget på baggrund af hendes høje sygefravær samt det manglende perspektiv for hendes tilbagevenden til arbejdet. Nævnets flertal fandt, at arbejdstageren var omfattet af handicapbegrebet, og at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren havde et handicap. Derfor var arbejdsgiveren forpligtet til at iagttage tilpasningsforpligtelsen. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren havde tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse. Nævnet anførte hertil, at arbejdsgiveren ikke havde *"redegjort nærmere for, om der blev overvejet tilpasningsforanstaltninger i forhold til at fastholde klager i stillingen i forbindelse med, at klager fik stillet diagnosen multipel sklerose."*¹³⁵ Med andre ord lagde nævnet stor vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde overvejet tilpasninger inden arbejdsgiveren skred til afskedigelse.

Ovenstående gennemgang af retspraksis viser, at arbejdsgiverens overvejelser tillægges stor betydning. Arbejdsgiveren bør derfor som minimum have overvejet relevante hensigtsmæssige tilpasninger. Passivitet vil derfor som udgangspunkt medføre en tilsidesættelse af arbejdsgivers pligt til at foretage passende tilpasninger. Det er dog formentligt således, at alene arbejdsgiverens overvejelser, ikke i alle tilfælde vil være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden for, at der ikke er sket en tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen. Overvejelsespligten må derfor ses i tæt sammenhæng med undersøgelsespligten i relation til at løfte arbejdsgiverens bevisbyrde.

5.3.1.4. Skal arbejdsgiveren afprøve mulige tilpasninger?

En eventuel pligt til at afprøve hensigtsmæssige tilpasninger er behandlet i en række afgørelser. Afprøvningspligten fremgår, ligesom undersøgelsespligten, ikke direkte af direktivets eller forskelsbehandlingslovens ordlyd, hvorfor en afprøvningspligt må udledes af retspraksis. Arbejdsgiverens

¹³² U.2016.2463 H s. 2483

¹³³ U.2016.2463 H

¹³⁴ U.2016.2463 H

¹³⁵ Sag 2015-6810-19427

eventuelle pligt til at afprøve mulige tilpasninger, skal ses i tæt sammenhæng med arbejdsgiverens undersøgelsespligt.

Allerede i Højesterets afgørelse af 11. august 2015, fastslog Højesteret, at der eventuelt kunne foreligge en forpligtelse for arbejdsgiveren til at afprøve mulige passende tilpasninger.¹³⁶ Retten anførte i dommens præmisser, at arbejdsgiveren er *”forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.”*¹³⁷ Der var altså ikke som udgangspunkt tale om en absolut forpligtelse til at afprøve, på samme måde som arbejdsgivers undersøgelsespligt. I nogle tilfælde vil det være åbenlyst for arbejdsgiver og arbejdstager, at en række tilpasninger ikke vil være relevante, hvorfor disse ikke nødvendigvis behøves at blive afprøvet. Der må derfor foretages en konkret proportionalitetsvurdering i forhold til om der skal ske en afprøvning af tilpasningerne. Elementer, der kan indgå i denne vurdering, er blandet andet; omkostningerne forbundet med afprøvnin-gen samt hensynet til de driftsmæssige konsekvenser, men også vurderingen af om pågældende tilpasninger helt åbenbart ikke vil kunne lade sig gøre. Listen er dog ikke udtømmende.¹³⁸

Spørgsmålet om en arbejdsgiver skal afprøve relevante tilpasninger har siden Højesterets dom i 2015 været behandlet i retspraksis, og er blevet tillagt større og større betydning. Et eksempel på dette ses blandt andet i Østre Landsrets dom af 21. april 2017. Sagen handlede om en arbejdstager A, som blev afskediget, da arbejdsgiveren ikke af hensyn til driften kunne fortsætte ansættelsen. Landsretten tiltrådte byretten begrundelse og resultat. Det var i nærværende sag ubestridt, at A var omfattet af handicapbegrebet, hvorfor arbejdsgiveren også var forpligtet til at iagttage tilpasningsforpligtelsen. Arbejdsgiveren havde truffet relevante tilpasninger for at sikre A’s fortsatte ansættelse. Landsretten fandt, at arbejdsgiveren havde opfyldt tilpasningsforpligtelsen, da arbejdsgiveren ville blive påført en uforholdsmæssig stor byrde. I dommens begrundelse og resultat, lagde landsretten stor vægt på, at arbejdsgiveren *”tog relevante skånehensyn og afprøvede mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.”*¹³⁹ ¹⁴⁰ Samme vægt af afprøvningspligten ses i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 9. september 2020, hvor nævnet lagde stor vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde afprøvet mulige tilpasninger, heller ikke de tilpasninger som lægen i mulighedserklæringen havde foreslået.¹⁴¹

Afprøvningspligten er ikke absolut, men bliver alligevel tillagt stor betydning i Ligebehandlingsnævnets og domstolenes vurdering af arbejdsgivers tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen. Arbejdsgiveren vil med andre ord lettere kunne løfte bevisbyrden for, at der ikke er sket en tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen, såfremt arbejdsgiveren konkret har afprøvet mulige tilpasninger. Det gælder specielt i de tilfælde, hvor tilpasninger forkastes som ikke værende hensigtsmæssige.

5.3.1.5. Dokumentation

Som behandlet tidligere i afhandlingen er det arbejdstageren der skal løfte bevisbyrden for, at arbejdstageren er omfattet af handicapbegrebet. Modsat er det arbejdsgiveren, der skal løfte bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen er iagttaget. Et værktøj til at løfte denne bevisbyrde er skriftlig dokumentation.¹⁴²

¹³⁶ U.2015.3827 H s. 3844

¹³⁷ U.2015.3827 H s. 3844

¹³⁸ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 425

¹³⁹ Sag B-846-16

¹⁴⁰ Sag B-846-16

¹⁴¹ J.nr.19-39361 – for sagens omstændigheder henvises til afsnit 5.3.1.1

¹⁴² Afsnit 4.3

Arbejdstageren skal kunne løfte bevisbyrden for, at pågældende lider af et handicap. Først når arbejdstageren er omfattet af handicapbegrebet og arbejdsgiveren ved eller burde vide dette, vil tilpasningsforpligtelsen indtræde.¹⁴³ I retspraksis har det vist sig tilstrækkeligt at fremvise lægefaglige vurderinger og dokumentation, herunder lægeerklæringer¹⁴⁴ samt mulighedserklæringer¹⁴⁵, der beskriver funktionsnedsættelsen og dennes varighed som omfattet af beskyttelsen. Dog udgør førnævnte ikke en udtømmende liste, hvor fremlæggelse af eksempelvis en lægeerklæring per automatik medfører, at en arbejdstager omfattes af handicapbegrebet. Det er i sidste ende domstolene, der må vurdere, hvorvidt der er tale om et handicap omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse.

Dokumentation er i særdeleshed relevant, når arbejdsgiveren skal løfte bevisbyrden for, at arbejdsgiveren har iagttaget tilpasningsforpligtelsen. Retspraksis har vist, at arbejdsgivers påstand om, at arbejdsgiveren har undersøgt, overvejet eller afprøvet mulige tilpasninger, formentlig ikke vil være tilstrækkeligt. Påstanden skal altså kunne dokumenteres eller som et minimum kunne sandsynliggøres.¹⁴⁶ Vægtningen af dokumentation behandles i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 1. november 2017. Sagen omhandler en socialrådgiver, som havde en skade i håndledet efter et brud. Socialrådgiveren A blev afskediget på grund af længerevarende sygefravær, som havde driftsmæssige konsekvenser for arbejdsgiveren. A var omfattet af handicapbegrebet, hvorfor arbejdsgiveren skulle iagttage tilpasningsforpligtelsen. A havde foreslået mulige tilpasninger, men arbejdsgiveren afviste disse. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren havde tilsidesat forpligtelsen. Nævnet lagde vægt på, at arbejdsgiveren havde *"oplyst, men ikke dokumenteret"*¹⁴⁷ muligheden for et bestemt talegengivelsesprogram, som tilpasningsforanstaltning. Dernæst havde arbejdsgiveren heller ikke *"dokumenteret sine drøftelser og bestræbelser for at omplacere klager til en anden stilling."*^{148, 149} Det er tydeligt, at der lægges stor vægt på, at arbejdsgiveren kan dokumentere sine overvejelser og bestræbelser, men hvad der kan udgøre dokumentation behandles ikke yderligere.

Samme vægtning af dokumentation ses i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 5. december 2018. Sagen omhandler en lærer A, som er ansat på fleksjobvilkår. Som led i en afskedigelsesrunde afskediges denne lærer samt 3 andre. A led af en diagnosticeret sygdom, og var derfor ansat på nedsat tid, som skånehensyn. Indledningsvist fandt retten, at det i øvrigt var *"ubestridt, at indklagede, der havde ansat klager i fleksjob, var bekendt med klagers skånehensyn, og vidste at klager havde et handicap."*¹⁵⁰ Retten skulle derfor tage stilling til om tilpasningsforpligtelsen var tilsidesat. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren havde tilsidesat forpligtelsen. De lagde stor vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde *"redegjort for eller dokumenteret drøftelser og bestræbelser på at iværksætte tilpasningsforanstaltninger, eller i forhold til at omplacere klager til en anden stilling."*¹⁵¹ Nævnet lagde altså igen stor vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde dokumenteret eller redegjort for sine bestræbelser. Men hvordan arbejdsgiveren skulle have dokumenteret bestræbelserne, blev ikke behandlet yderligere.

¹⁴³ Afsnit 4.2-4.4 og 5.3

¹⁴⁴ Se bl.a. U.2015.3301 H s. 3319 og U.2019.4304 V s. 4312 – hvor retten lagde stor vægt på fremsendte speciallægeerklæringer

¹⁴⁵ Se bl.a. J.nr. 19-39361 – hvor nævnet lagde stor vægt på bl.a. den indhentede mulighedserklæring

¹⁴⁶ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 430

¹⁴⁷ J. nr. 2017-6810-01166

¹⁴⁸ J. nr. 2017-6810-01166

¹⁴⁹ J. nr. 2017-6810-01166

¹⁵⁰ J.nr. 18-8176

¹⁵¹ J.nr. 18-8176

Det er altså tydeligt, at arbejdsgiveren skal kunne dokumentere sine bestræbelser og drøftelser. Dette følger også af den delte bevisbyrde, hvorefter at det påhviler arbejdsgiveren at bevise at tilpasningsforpligtelsen er opfyldt. Men hvad der udgør dokumentation i de enkelte tilfælde, kan der ikke opstilles en udtømmende liste for. Den juridiske litteratur anfører, at der lægges stor vægt på eksempelvis eksperteres udtalelser, dokumentation af arbejdstagerens forhold og dokumentation af arbejdsgiverens undersøgelser, overvejelser og afprøvninger. Schwarz og Hartmann anfører, at der navnlig lægges vægt på skriftlig dokumentation for, at arbejdsgiveren har iagttaget undersøgelsespligten samt arbejdsgivers overvejelser og afprøvninger.¹⁵² Af eksempler herpå kan nævnes referater fra eksempelvis tjenstlige samtaler og notater foretaget af arbejdsgiveren, hvori denne udtrykker drøftelserne og bestræbelserne.

5.3.1.6. Sammenfatning

Undersøgelsespligten er ikke lovbestemt, men må udledes af retspraksis. Pligten skal iagttages af arbejdsgiveren og indtræder på tidspunktet for arbejdsgivers viden eller burde viden. Arbejdsgiveren er endvidere forpligtet til at overveje passende foranstaltninger. Retspraksis viser, at domstolen såvel som Ligebehandlingsnævnet tillægger arbejdsgivers overvejelser stor betydning. Undersøgelses- og overvejelserforpligtelsen er tæt knyttet, da der inden iværksættelsen af undersøgelsen af bestemte tilpasninger, typisk er foretaget en række overvejelser. Arbejdsgiverens forpligtelse til at afprøve tilpasninger er ikke absolut, hvorfor der i hvert enkelt tilfælde må foretages en proportionalitetsafvejning i forhold til, hvorvidt arbejdsgiveren skal have afprøvet tilpasningerne. Retspraksis viser dog, at arbejdsgivers forsøg på afprøvning tillægges stor vægt. Formår arbejdsgiveren ikke at iagttage en eller flere af disse delelementer, vil det være svært for arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden for, at der ikke er sket forskelsbehandling af arbejdstageren.

Bestræbelserne og overvejelserne skal desuden kunne dokumenteres eller som minimum kunne sandsynliggøres. Retspraksis viser, at dokumentationen af arbejdsgiverens undersøgelser, overvejelser og eventuelle afprøvninger tillægges stor betydning.

5.4. Grænserne for tilpasningsforpligtelsen

5.4.1. Rimelighedskravet

Som tidligere behandlet i afhandlingen har en arbejdsgiver pligt til at undersøge, overveje og eventuelt afprøve mulige tilpasninger. Der findes dog grænser for tilpasningsforpligtelsens udstrækning, og hvad arbejdsgiveren må tåle. Tilpasningerne må ikke udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.¹⁵³ Hvornår en tilpasning udgør en uforholdsmæssig byrdefuld er ikke lovfæstet. Det er en konkret vurdering om en eller flere mulige tilpasninger er uforholdsmæssig byrdefulde for den pågældende arbejdsgiver. Der kan derfor ikke opstilles en udtømmende liste over, hvilke tilpasninger der per automatik er uforholdsmæssigt byrdefulde.

Bestemmelsens ordlyd bidrager heller ikke umiddelbart med et svar herpå, men i forskelsbehandlingslovens forarbejder henvises der til beskæftigelsesdirektivets betragtning nr. 21.¹⁵⁴ Betragtningen opstiller en række kriterier, som bør indgå i vurderingen. Det fremgår, at der navnlig skal lægges vægt på 1) de finansielle og andre omkostninger, 2) virksomhedens størrelse og 3) muligheden for støtte – herunder offentlige støtteordninger.¹⁵⁵ Dette betyder for det første, at der er tale om en konkret

¹⁵² (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 430

¹⁵³ Direktiv 2000/78 EF, betragtning 21 og art. 5

¹⁵⁴ FT 2004-05, Tillæg A s. 2707

¹⁵⁵ Direktiv 2000/78 EF, betragtning 21

vurdering, og at tilpasninger som nemt og uden større omkostninger kan tilbydes, ikke vil udgøre en uforholdsmæssig stor byrde. Større virksomheder, vil derfor som konsekvens af første og anden betingelse, skulle kunne tåle mere end mindre virksomheder. Tilpasningsforpligtelsens ordlyd understreger desuden, at såfremt den byrde som arbejdsgiveren pålægges lettes *"i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger"*¹⁵⁶ vil byrden ikke være uforholdsmæssig stor. Arbejdsgiveren skal derfor undersøge hjælpeordninger¹⁵⁷. Arbejdsgiveren kan derfor ikke med hjemmel i undtagelsen afvise relevante tilpasninger, som i et tilstrækkeligt omfang er dækket af offentlige hjælpeordninger. Det er arbejdsgiveren, der skal løfte bevisbyrden for at tilpasningsforpligtelsen ikke er tilsidesat, og dermed også, hvorvidt en given tilpasning udgør en uforholdsmæssig stor byrde.

Eftersom, at rimelighedsvurderingen er en konkret vurdering, har udstrækningen heraf været prøvet ved domstolene og Ligebehandlingsnævnet. I de efterfølgende afsnit søger afhandlingen derfor at belyse gældende ret i tilknytning til rimelighedsvurderingens udstrækning.

Opnormering af medarbejderstab:

Domstolene har i flere sager behandlet spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver er forpligtet til at opnormere medarbejderstaben og dermed skulle acceptere en dobbeltbemanding for at opfylde tilpasningsforpligtelsen. Dette var blandt andet temaet i U.2016.2463 H. Sagen omhandlede en byplanlægger A, der efter et trafikuheld havde pådraget sig skader der medførte, at hun ikke længere kunne arbejde på fuldtid, men alene kunne arbejde 20 timer ugentligt. A blev afskediget med henvisning til, at det var uforholdsmæssigt byrdefuldt for arbejdsgiveren at tilbyde hende 20 timer ugentligt. Sagen blev i første omgang indbragt for Sø- og Handelsretten. Indledningsvist fandt retten, at A var omfattet af handicapbegrebet, henset til *"lidelsens karakter, sygdomsforløbet frem til opsigelsen og de ovenfor anførte lægelige oplysninger"*¹⁵⁸. Retten skulle herefter blandt andet tage stilling til om arbejdsgiveren havde opfyldt tilpasningsforpligtelsen. Retten lagde indledningsvist til grund, at en deltidsstilling på 20 timer ugentligt ville udgøre en hensigtsmæssig tilpasning. Retten fandt dog alligevel, at arbejdsgiveren havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, *"Da det på grund af den manglende konkrete gennemgang og eventuelle afprøvning af løsningsmuligheder således ikke er muligt at afgøre, om det ville have været en uforholdsmæssig stor byrde for kommunen..."*¹⁵⁹. Dommen blev anket til Højesteret, hvor sagen fik et andet udfald. Indledningsvist tiltrådte Højesteret, at A var omfattet af handicapbegrebet, og at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at A var omfattet heraf. Retten fandt, modsat Sø- og Handelsretten, at arbejdsgiveren ikke havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen. Højesteret lagde til grund, at det højt specialiserede arbejde i afdelingen, ikke kunne løses af to fuldtidsansatte samt en deltidsansat uden, at der skulle tilføres ekstra ressourcer til afdelingen. Ej heller kunne en fuldtidsstilling opdeles i to deltidsstillinger, henset til kommunens serviceniveau og arbejdets tilrettelæggelse i afdelingen.¹⁶⁰ Hertil bemærkede Højesteret ydermere, *"at det ikke ligger inden for kommunens tilpasningsforpligtelse at opnormere bemandingen ved at ansætte en yderligere byplanlægger på fuld tid."*¹⁶¹ Retten fandt derfor, modsat Sø- og Handelsretten, at det ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren at dobbeltbemande byplanlæggerens stilling.

¹⁵⁶ Forskelsbehandlingsloven § 2 a

¹⁵⁷ Eksempelvis Lovbekendtgørelse 2020-02-03 nr. 108 om compensation til handicappede i erhverv m.v og Lov 2019-05-07 nr. 548 om en aktiv beskæftigelsesindsats

¹⁵⁸ U.2016.2463 H s. 2476

¹⁵⁹ U.2016.2463 H s. 2476

¹⁶⁰ U.2016.2463 H – for sagens omstændigheder henvises til afsnit 5.3.1.3

¹⁶¹ U.2016.2463 H s. 2483

Samme resultat nåede landsretten i en nyere afgørelse U.2018.2912 V. Sagen omhandlede en social og sundhedsassistent A, der led af muskelsvind. Arbejdsgiveren havde forsøgt at tilpasse arbejdets tilrettelæggelse og arbejdstiden til A's behov. A blev dog i sidste ende afskediget, da A ikke kunne varetage de væsentlige funktioner i hendes stilling, ej heller ved hjælp af de foretagne tilpasninger. Sagen blev først behandlet i byretten. Indledningsvist fandt retten, at A på opsigelsestidspunktet var omfattet af handicapbegrebet, da hun led af muskelsvind, og at arbejdsgiveren havde kendskab til, at A var handicappet. Arbejdsgiveren erkendte, at de skulle iagttage forpligtelsen. Arbejdsgiveren havde forsøgt med tilpasninger, blandt andet i form af nedsat tid og ændringer af arbejdstilrettelæggelsen. Arbejdsgiveren mente, at forpligtelsen var behørigt iagttaget, men at dette ikke kunne eller havde ført til beskæftigelse af A, og at yderligere tilpasninger i form af blandt andet oprettelse af en særlig deltidsstilling ville pålægge dem en uforholdsmæssig stor byrde.¹⁶² Byretten fandt, at det ikke lå *"inden for regionens tilpasningsforpligtelse at etablere en ny, »overtallig« deltidsstilling, som modsvarer A's arbejdsevne og krav til arbejdstid."*¹⁶³ Retten lagde blandt andet vægt på, at ansatte social og sundhedsassistenter skulle kunne yde fysisk bistand til borgere og *"og at disse aktiviteter - uanset tilgængelige hjælpemidler - kræver en fysisk formåen, som A ikke besad"*¹⁶⁴. Ydermere måtte det lægges til grund, at A ikke kunne omplaceres til en lignende stilling i regionen, da der ikke var en sådan stilling som A kunne bestride. Arbejdsgiveren havde dermed opfyldt tilpasningsforpligtelsen, da ansættelse af en overtallig deltidsstilling ville udgøre en forholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.¹⁶⁵ Sagen blev anket til landsretten, men retten stadfæstede byrettens dom.¹⁶⁶

Gennemgangen af ovenstående retspraksis viser, at en opnormering af medarbejderstaben, herunder ansættelse af en overtallig medarbejder, på enten fuldtid eller deltid, som udgangspunkt vil udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

Omplacering:

Spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver skal kunne tåle at omplacere en arbejdstager som led i tilpasningsforpligtelsen, er blevet behandlet i retspraksis. Dette behandles blandt andet i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 3. marts 2016¹⁶⁷. Sagen handlede om en portør, som efter en faldulykke havde pådraget sig nogle rygskader. Portøren blev derfor sygemeldt. Portøren genoptog arbejdet, men efter han nåede fuld tid, blev han igen sygemeldt. Efter anden sygemelding genoptog han igen arbejdet med relevante skånehensyn, men blev herefter afskediget. Indledningsvist fandt nævnet, at portøren havde et handicap omfattet af beskyttelsen, henset til lægens beskrivelse af funktionsbegrænsningens karakter og lange varighed. Dernæst havde arbejdsgiveren viden eller burde vide om, at portøren var omfattet heraf. Retten skulle herefter tage stilling til om arbejdsgiveren havde opfyldt tilpasningsforpligtelsen, og om arbejdsgiveren i medfør heraf var forpligtet til at omplacere portøren. Det fremgik, at arbejdsgiveren havde overvejet flere tilpasninger, herunder personlig assistance, en § 56-aftale og omplacering, som arbejdsgiveren havde redegjort for, ikke var relevante. Nævnet fandt på baggrund af sagens oplysninger, herunder blandt andet redegørelsen for overvejede tilpasninger, og lægens vurdering, at portøren ikke var kompetent, egnet og disponibel, da han ikke kunne bestride de væsentlige funktioner i sin stilling som portør, da disse omfattede tunge løft og god fysisk. I relation til arbejdsgiverens pligt til, at omplacere en handicappet arbejdstager, bemærkede nævnet, at arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at omplacere portøren til *"jobfunktioner, der lå uden for det*

¹⁶² U.2018.2912 V s. 2914

¹⁶³ U.2018.2912 V s. 2915

¹⁶⁴ U.2018.2912 V s. 2915

¹⁶⁵ U.2018.2912 V

¹⁶⁶ U.2018.2912 V s. 2916

¹⁶⁷ Sag 2015-6810-06077

*portørarbejde, han var ansat til*¹⁶⁸. Arbejdsgiveren havde derfor opfyldt tilpasningsforpligtelsen, og var ikke forpligtet til at omplacere portøren til en anden stilling på sygehuset, som lå uden for stillingen som portør.

I Østre Landsrets dom af 19. januar 2017 var en arbejdstager A ansat i et fleksjob med skånehensyn i et bogholderi. A led af en kronisk smertelidelse som medførte, at A ikke kunne arbejde på fuldtid. A blev afskediget, da der skulle ske en organisatorisk ændring, som medførte, at hendes stilling skulle erstattes af en fuldtidsstilling, da virksomheden ønskede et kompetenceløft i bogholderiet. Det var ubestridt, at A var omfattet af handicapbegrebet. Landsretten fandt, at arbejdsgiveren havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen. Retten bemærkede hertil, at det måtte lægges til grund, at arbejdsgiveren ikke havde *”undersøgt, om [person1] kunne omplaceres, tilføres nye opgaver eller om forholdene eller arbejdet på anden vis kunne tilpasses, således at hun kunne fortsætte som ansat i virksomheden*¹⁶⁹. Retten lagde med andre ord stor vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde undersøgt, hvorvidt A kunne være omplaceret inden for virksomheden og under hensyn til stillingens karakter, inden arbejdsgiveren skred til afskedigelse.

Gennemgangen af ovenstående retspraksis bidrager til den fortolkning, som Svenning Andersen ligeledes anfører, nemlig at arbejdsgiveren ikke har en pligt til at omplacere til stillinger, der har en anden karakter, end det der ligger i den oprindelige stilling. Dog må arbejdsgiveren som minimum undersøge om der findes andre arbejdsopgaver, som arbejdstageren inden for stillingens karakter kan varetage, og om der kan ske omplacering inden for rammerne af stillingens karakter.¹⁷⁰ Arbejdsgiveren er på den anden side ikke forpligtet til at omplacere arbejdstagere uden for det de er ansat til.

Oprettelse af ny stilling:

I Østre Landsrets dom af 28. februar 2020 blev det behandlet, hvorvidt arbejdsgiveren er forpligtet til at oprette en ny stilling til en arbejdstager som led i tilpasningsforpligtelsen. Sagen omhandlede en lægesekretær A som var diagnosticeret med Menières, som blandt andet medførte en markant hørenedsættelse. Det var i sagen ubestridt, at A var omfattet af handicapbegrebet. Arbejdsgiveren havde løbende foretaget tilpasninger, men parterne var uenige om, hvorvidt der skulle foretages yderligere tilpasninger efter sekretærens forværring i sygdommen i sommeren 2016. Retten skulle blandt andet tage stilling til, om arbejdsgiveren havde tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, og om de var forpligtet til at oprette en ny stilling til arbejdstageren. På baggrund af de for retten forelagte oplysninger, fandt retten, at A ikke var kompetent, egnet og disponibel, da de væsentlige funktioner i stillingen ansås for at være hørekrævende. Retten bemærkede endvidere *”at etablere skåneforanstaltninger, der muliggjorde en udførelse af de pågældende funktioner, idet mulighederne for forbedring i form af handicaphjælpemidler eller ændring af de fysiske forhold måtte anses for udtømte*¹⁷¹. Afslutningsvist fastslog retten, at arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at samle ikke-hørekrævende opgaver fra andre teams eller afdelinger på sygehuset som A kunne varetage i en ny stilling i eksempelvis et fleksjob, som skulle oprettes med det formål at fastholde A i beskæftigelse.¹⁷² Med andre ord var arbejdsgiveren ikke forpligtet til at oprette en ny stilling til lægesekretæren med andre ikke-lægesekretær opgaver, som ikke var hørekrævende, da dette ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

¹⁶⁸ Sag 2015-6810-06077

¹⁶⁹ Sag B-23-16

¹⁷⁰ (Andersen, et al., 2020a) s. 907

¹⁷¹ BS-14028/2018-OLR

¹⁷² BS-14028/2018-OLR

På baggrund af ovenstående kan det indledningsvist udledes, at det er en konkret vurdering om det er uforholdsmæssigt byrdefuldt for arbejdsgiveren at tilbyde de pågældende tilpasninger. Der tegner sig dog et billede af, at den øvre grænse for, hvad en arbejdsgiver må kunne tåle, ikke omfatter opnormering og ansættelse af en overtallig person eller omplacering til en stilling af en anden karakter. Samtidig kan det udledes, at arbejdsgiveren til en vis grad må tåle omplacering inden for stillingens karakter, men at der ikke kan stilles krav om, at en arbejdsgiver opretter en ny stilling for at fastholde arbejdstageren i beskæftigelse. Ydermere medfører tilpasningsforpligtelsens ordlyd, at arbejdsgiveren ikke kan påberåbe sig en uforholdsmæssig stor byrde, såfremt afsøgning og iværksættelse af eventuelle støtteordninger ikke er iværksat.

5.4.2. Kompetent, egnet og disponibel

Som belyst i afhandlingens forrige afsnit er arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse begrænset. Tilpasningsforpligtelsen begrænses yderligere i det omfang, at arbejdstageren ikke vil være kompetent, egnet og disponibel med relevante tilpasninger.

Kravet om, at arbejdstageren skal være kompetent, egnet og disponibel fremgår ikke eksplicit af bestemmelsens ordlyd. Kravet skal derimod udledes af beskæftigelsesdirektivets betragtning nr. 17, hvoraf det fremgår, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at ansætte eller beholde *"en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling..."*¹⁷³.

Kravet om, at en arbejdstager skal være kompetent, egnet og disponibel, er også blevet fastslået blandt andet i Chacón-sagen og i Ring/Werge-sagerne. I Chacón-sagen fastslog EU-domstolen, at forbuddet mod forskelsbehandling *"er til hinder for afskedigelse på grund af et handicap, hvis den henset til forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for handicappede ikke er berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med sin stilling."*¹⁷⁴. Samme resultat nåede domstolen i Ring/Werge sagerne, hvor domstolen fastslog, *"at direktiv 2000/78 ifølge 17. betragtning hertil hverken kræver ansættelse, forfremmelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling."*¹⁷⁵. Arbejdsgiveren er derfor ikke positivt forpligtet til at ansætte eller fastholde en arbejdstager, som ikke anses for kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stilling ved hjælp af relevante tilpasninger. Det er i denne sammenhæng væsentligt at bemærke, at det ikke er *alle* eller de *væsentligste* funktioner i stillingen, som arbejdstageren skal være kompetent, egnet og disponibel til at varetage, men derimod alene de *væsentlige* funktioner.¹⁷⁶ Det er dermed ikke kun en prioritering, men også en volumen.

Netop kravet om, at en arbejdstager skal være kompetent, egnet og disponibel har givet anledning til store vanskeligheder i praksis. Mener arbejdsgiveren, at arbejdstageren ikke er kompetent, egnet og disponibel selv med iværksættelsen af relevante tilpasninger, må arbejdsgiveren løfte bevisbyrden herfor. Skeles der til EU-domstolens kronologi, som belyst i afhandlingens tidligere afsnit, må det udledes, at vurderingen af kravet skal foretages efter, at arbejdsgiveren har undersøgt, overvejet og eventuelt afprøvet mulige tilpasninger. Arbejdsgiveren kan med andre ord ikke indledningsvist konkludere, at arbejdstageren ikke er kompetent, egnet og disponibel, såfremt arbejdsgiveren ikke som

¹⁷³ 2000/78/EF, betragtning 17

¹⁷⁴ Sag C-13/05, præmis 51

¹⁷⁵ Sag C-335/11 og C-337/11, præmis 57

¹⁷⁶ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 330

minimum har undersøgt, overvejet eller eventuelt afprøvet mulige tilpasninger. Kravet indebærer nemlig, at arbejdstageren skal være kompetent, egnet og disponibel ved hjælp af de hensigtsmæssige foranstaltninger. Arbejdsgiveren er ikke forpligtet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse – herunder forpligtet til at opfylde tilpasningsforpligtelsen, såfremt arbejdstageren trods relevante tilpasninger ikke kan anses for at være kompetent, egnet og disponibel i de væsentlige funktioner i stillingen.¹⁷⁷

Kravet om, at arbejdstageren skal være kompetent, egnet og disponibel til at varetage stillingens væsentlige funktioner, har givet anledning til vanskeligheder for arbejdsgiverne og spørgsmålet har derfor været behandlet løbende i retspraksis. Emnet blev blandt andet behandlet i Højesterets dom af 12. september 2014. Sagen omhandlede en plejer, som var ansat på deltid i fleksjob og med skånehensyn, herunder nedsat arbejdstid, og med krav om, at plejeren ikke måtte foretage tunge løft. Plejeren blev afskediget på grund af omstrukturering, hvor arbejdsgiveren i denne forbindelse havde foretaget en prioritering af medarbejderne ud fra nogle generelle kriterier. Parterne var enige i, at plejeren var omfattet af handicapbegrebet. Retten skulle derfor tage stilling til om arbejdsgiveren havde opfyldt tilpasningsforpligtelsen, og om arbejdstageren var kompetent, egnet og disponibel. Retten fandt, at plejeren sagligt kunne afskediges, da plejeren ikke var kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen. Retten lagde til grund, *”at fysisk styrke og fleksibilitet med hensyn til arbejdstid efter nedlæggelsen af de åbne sygehusafdelinger var nødvendige kompetencer for de tilbageværende medarbejdere”*¹⁷⁸. Disse kriterier udgjorde dermed de væsentlige funktioner. Retten anførte, at plejeren ikke ud fra det, som var forelagt retten, levede op til kravene for stillingen. Retten anførte endvidere, *”at afskedigelsen af hende ikke kunne have været afværget ved foranstaltninger”*¹⁷⁹.¹⁸⁰ Da plejeren ikke kunne opfylde de væsentlige funktioner i stillingen, var arbejdsgiveren derfor ikke, i overensstemmelse med EU-domstolens vurdering i Ring/Werge-sagerne præmis 57, forpligtet til at fastholde plejeren i beskæftigelse.

Væsentlighedsvurderingen er senere blevet behandlet i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 3. marts 2016, hvor en portør havde pådraget sig nogle rygskeer, som havde medført en funktionsbegrænsning af længere varighed. Retten bemærkede i nærværende sag, at portøren ikke længere kunne *”varetage alle de funktioner, en almindelige portørstilling indebar”*¹⁸¹, herunder tunge løft og god fysik. Retten skulle derfor vurdere, hvorvidt portøren var kompetent, egnet og disponibel. Portøren og arbejdsgiveren havde løbende diskuteret tilpasningsmulighederne, herunder anvendelse af personlig assistance, ansøgning om en § 56-aftale og omplacering. Arbejdsgiveren havde redegjort for, at disse overvejede tilpasninger ikke var relevante. Henset til arbejdsgiverens undersøgelse og overvejelse af mulige tilpasninger, og de lægelige vurderinger af portørens mulighed for at varetage stillingens funktioner, fandt nævnet, at portøren ikke var kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen, da stillingens væsentlige funktioner blandt andet indebar tunge løft og god fysik, som portøren ikke længere var i stand til ifølge lægens vurderinger.¹⁸² Portøren var dermed ikke længere kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i hans stilling som portør, hvorfor arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at fastholde ham i beskæftigelse.

¹⁷⁷ (Schwarz & Hjorth-Hartmann, 2019) s. 330-32

¹⁷⁸ U.2014.3592 H, s. 3600

¹⁷⁹ U.2014.3592 H, s. 3600

¹⁸⁰ U.2014.3592 H

¹⁸¹ Sag 2015-6810-06077

¹⁸² Sag 2015-6810-06077 – for sagens omstændigheder henvises til afsnit 5.4.1

I en nyere afgørelse fra Østre Landsret¹⁸³ blev væsentlighedsvurderingen ligeledes behandlet. Sagen omhandlede en lægesekretær som var diagnosticeret med Menières, som blandt andet medførte svær hørenedsættelse. Arbejdsgiveren havde undersøgt og afprøvet relevante tilpasninger, herunder omlægning af arbejdsopgaver. Retten skulle blandt andet tage stilling til om arbejdstageren i den konkrete sag var kompetent, egnet og disponibel. Det fremgik af sagen, at stillingens kerneopgaver blandt andet indebar at skrive notater, bemane afdelingens telefon og varetage akut- og skrankefunktionen. Disse funktioner krævede hørelse. Arbejdstageren kunne ikke opfylde disse funktioner på grund af hørenedsættelsen. Retten fandt derfor, at sekretæren ikke var kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen. Retten lagde vægt på, ”at de væsentlige funktioner i stillingen som lægesekretær på X afdeling på [by1] Sygehus består i telefonisk og direkte kontakt med patienter, pårørende m.fl. og skrivning efter lydskrevet, som er hørekrævende funktioner”¹⁸⁴, og netop disse opgaver kunne arbejdstageren ikke varetage, ej heller med relevante tilpasninger stillet til rådighed. Arbejdsgiveren var derfor ikke forpligtet til at fastholde sekretæren i beskæftigelse, da hun ikke var kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen som lægesekretær.

Sammenfatning

Retspraksis viser, at vurderingen af, hvornår en arbejdstager trods iværksættelse af mulige tilpasninger ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen, er en konkret vurdering. I væsentlighedsvurderingen må der lægges vægt på arbejdstagerens konkrete forhold ved hjælp af relevante tilpasninger, hvad der i den konkrete stilling udgør de væsentlige funktioner, samt hvordan arbejdstageren er begrænset henset til stillingens kerneopgaver. Udfaldet af væsentlighedsvurderingen baserer sig derfor på en række konkrete forhold, der naturligvis vil variere fra sag til sag. Af samme grund, kan der ikke opstilles en udtømmende liste over, hvad der udgør de væsentlige funktioner i en stilling, og i hvilke tilfælde en arbejdstager vil være kompetent, egnet og disponibel. I sidste ende må dette afgøres af det processuelle system. Derfor er det ekstra vigtigt, at arbejdsgiveren formår at dokumentere sine overvejelser, afprøvninger og undersøgelser, som beskrevet i afsnit 5.3.1.5. Samtidig viser ovenstående afgørelser også, at begreberne kompetent, egnet og disponibel ikke adskilles og behandles særskilt. Begreberne behandles i en helhed. Afgørelserne ovenfor giver derfor heller ikke et fortolkningsbidrag til, hvilke af momenterne der skal lægges vægt på konkret i relation til de enkelte begreber.

5.5. Ændringer og ophør af tilpasninger

Afhandlingen har frem til nu forsøgt at belyse, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder, men også hvilke pligter tilpasningsforpligtelsen indebærer for arbejdsgiveren. En anden interessant problematik, og en problematik som er praktisk relevant er, hvordan tilpasningsforpligtelsen påvirkes af forhold der bevirker, at der sker ændringer eller måske helt ophør af tilpasninger. Tilpasningsforpligtelsen finder som tidligere anført anvendelse ved ansættelse, under ansættelsen og ved afskedigelsen. Tilpasningsforpligtelsen skal derfor naturligvis vurderes ved pligtens indtræden.¹⁸⁵ Det er i denne forbindelse relevant at undersøge, hvorvidt der er tale om en enkeltstående eller løbende pligt for arbejdsgiveren. Ændringer i foranstaltningerne kan være relevante i flere sammenhænge, nærliggende vil problematikken forekomme der, hvor enten arbejdstagerens forhold ændres, navnlig ved ændringer i handicappets begrænsninger, eller de tilfælde, hvor arbejdsgiverens forhold ændres, navnlig ved virksomhedsoverdragelse eller omstrukturering.

¹⁸³ BS-14028/2018-OLR – for sagens omstændigheder henvises til afsnit 5.4.1

¹⁸⁴ BS-14028/2018-OLR

¹⁸⁵ Henvises til afsnit 5.1 og 5.3

Ændringer på arbejdstagersiden

Igennem et ansættelsesforhold kan arbejdstagerens behov ændre sig i takt med handicappets udvikling. Det er derfor interessant at undersøge, hvorvidt arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse skal iagttages sideløbende med ændringen i arbejdstagerens behov. Foretages en ordlydsfortolkning af direktivets artikel 5 og forskelsbehandlingslovens § 2 a, er der ikke noget som indikerer, at tilpasningsforpligtelsen er en forpligtelse, som alene skal iagttages én gang, eksempelvis ved ansættelsen af arbejdstageren. Det understreges endvidere i ordlyden af artikel 5, hvoraf det fremgår, at *”arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse”*¹⁸⁶.¹⁸⁷ Som anført tidligere i afhandlingen er det arbejdsgiveren, der skal løfte bevisbyrde for, at en fortsat iværksættelse af tilpasninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde, eller at arbejdstageren ikke er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen ved hjælp af de relevante tilpasninger.¹⁸⁸ Samme bevisbyrde påhviler arbejdsgiveren i de situationer, hvor arbejdstagerens forhold ændres for det bedre eller det værre, da forpligtelsen er løbende.

Det må på denne baggrund udledes, at arbejdsgiveren ligeledes er forpligtet til at foretage løbende ændringer og tilpasninger henset til arbejdstagerens konkrete behov. Arbejdsgiveren er med andre ord bundet af den almindelige kronologi og grænserne, som beskrevet i afhandlingens afsnit 5.3-5.4, hvilket blandt andet betyder, at arbejdstagerens ændrede behov kan medføre, at pågældende ikke længere anses for kompetent, egnet og disponibel, eller at tilpasningen udgør en uforholdsmæssig stor byrde.

Ændringer på arbejdsgiversiden

Som tidligere beskrevet kort, har ændringer på arbejdsgiversiden ligeledes givet anledning til vanskeligheder. Problematikken har derfor været genstand for behandling i national ret, blandt andet i Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 13. december 2017. Sagen omhandlede en kvinde som følge af eftervirkningerne fra et kræftforløb og en operation, oplevede smerter i skulderen, som medførte, at hun ikke kunne sove om natten, og dermed ikke kunne varetage morgenvagter. Hun arbejdede derfor kun i aftenvagter og havde personlig assistance, som blandt andet skulle hjælpe med tunge løft. Arbejdsgiveren skulle omstrukturere bemandingsplanen, herunder omlægge arbejdstiden til blandede vagter. Kvinden blev afskediget, da det efter forhandling ikke var lykkedes at opnå enighed omkring den væsentlige stillingsændring. Retten skulle herefter blandt andet tage stilling til om arbejdsgiveren var forpligtet til at iagttage tilpasningsforpligtelsen ved en sådan omstrukturering. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren ikke i forbindelse med omstruktureringen havde *”undersøgt muligheden for at tilpasse klagers vagtskema til de særlige behov for aftenarbejde som var en følge af klagers handicap.”*¹⁸⁹ Arbejdsgiveren havde dermed ikke konkret undersøgt, om arbejdstageren kunne fortsætte i aftenarbejde under den nye struktur, som i årene før omstruktureringen havde kunne lade sig gøre. Arbejdsgiveren havde derfor ikke opfyldt tilpasningsforpligtelsen.¹⁹⁰ Afgørelsen viser for det første, at tilpasningsforpligtelsen ikke er en engangsforpligtelse, men en løbende forpligtelse. For det andet viser afgørelsen, at arbejdsgiveren ved omstruktureringer, som vaneligt, skal undersøge og formentlig også afprøve mulige tilpasninger i forhold til de ændringer som omstruktureringen medfører. Det betyder også, at vurderingen af om tilpasningerne er uforholdsmæssig byrdefulde for arbejdsgiveren

¹⁸⁶ 2000/78/EF, art. 5

¹⁸⁷ Forskelsbehandlingslovens § 2 a

¹⁸⁸ Afsnit 4.3.2 og 5.3

¹⁸⁹ J.nr. 18-3133

¹⁹⁰ J.nr. 18-3133

og om arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel, skal vurderes igen. Arbejdsgiveren kan med andre ord ikke med hjemmel i omstruktureringen og den tidligere vurdering undgå at iagttage tilpasningsforpligtelsen.

Ligebehandlingsnævnet nåede samme resultat i afgørelsen af 13. august 2020. Sagen omhandlede en kvinde, der på grund af migræne var ansat i et fleksjob med skånehensyn, herunder med fleksible arbejdstider og stor fleksibilitet i forhold til hjemmearbejde. I 2016 blev kvinden virksomhedsoverdraget, og i forbindelse hermed blev arbejdspladsens generelle hjemmearbejdsordning varslet til ophør. Kvinden modtog endvidere et nyt ansættelsesbrev, hvori der stod, at forudsætningen for, at hun kunne opretholde hendes fleksjob var, at hun fremmødte stabilt. Dette var dog et problem, da kvinden ikke kunne vide, hvornår migræneanfaldene kom og derfor havde behov for hjemmearbejde. Kvinden blev i sidste ende også afskediget, som konsekvens af den manglende stabilitet. Nævnet fandt, at muligheden for at arbejde hjemmefra frem til virksomhedsoverdragelsen havde *”været en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning i forhold til klagers handicap”*¹⁹¹ og skånehensynet havde været benyttet i en længere årrække forud for virksomhedsoverdragelsen. Nævnet anførte endvidere, at arbejdsgiveren havde opsagt den generelle hjemmearbejdsordning, og *”ikke ønsket at fortsætte klagers fleksible ordning for hjemmearbejde eller tilbudt alternative tilpasningsforanstaltninger, der ville gøre det muligt for klager at fortsætte med at udøve sin beskæftigelse”*¹⁹². Nævnet fandt derfor, at arbejdsgiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen var iagttaget, da det ikke var godtgjort, at arbejdstageren blandt andet ikke var kompetent, egnet og disponibel, hvis arbejdsgiveren havde iagttaget tilpasningsforpligtelsen, eller at tilbuddet om hjemmearbejde udgjorde en uforholdsmæssig stor byrde.¹⁹³ Afgørelsen viser, som afgørelsen fra 2017, at tilpasningsforpligtelsen er en løbende forpligtelse, og at arbejdsgiveren skal iagttage denne, også selv om arbejdstageren er blevet virksomhedsoverdraget. Arbejdsgiveren kan med andre ord ikke fraskrive sig iagttagelsen blot fordi der er tale om en arbejdstager, som er virksomhedsoverdraget. Det må desuden udledes, at nævnet lægger stor vægt på, at arbejdsgiveren som minimum undersøger, overvejer eller afprøver de tilpasninger, som indtil overdragelsen har været anvendt, og at såfremt de fjernes, må arbejdsgiveren løfte bevisbyrden for, at de udgør en uforholdsmæssig stor byrde, eller at arbejdstageren ikke længere er kompetent, egnet og disponibel.

Problematikken opstår ikke kun ved virksomhedsoverdragelse eller omstrukturering. I Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 13. august 2020 blev spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver kunne ændre eller ønske helt ophør af en tilpasning behandlet. Sagen omhandlede en socialrådgiver, der på grund af nedsat lungefunktion og nedsat bevægelighed, var ansat i fleksjob på nedsat tid. Socialrådgiveren havde i vid udstrækning mulighed for hjemmearbejde, som skånehensyn. Socialrådgiveren blev senere sygemeldt første gang og fik en midlertidig ændring i fleksjobsvilkårene, herunder en ændring af arbejdstiden fra 12 til 8 timer ugentligt med gradvis optrapning. Socialrådgiveren meddelte dog, at hun kun kunne arbejde 12 timer om ugen, såfremt 8 timer var hjemmearbejde og 4 timer var fysisk fremmøde. Hun blev afskediget på grund af for meget sygefravær og manglende bedring. Hun havde for Ligebehandlingsnævnet gjort gældende, at arbejdsgiverens manglende vilje til at fortsætte hjemmearbejdet *”besværliggjorde hendes rekonvalescensperiode efter knæoperationen”*¹⁹⁴ og *”at optrapningen af hendes arbejdstid efter rygoperationen ville være forløbet bedre, hvis hun havde haft mulighed for at arbejde hjemmefra en dag om ugen.”*¹⁹⁵. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren ikke

¹⁹¹ J.nr. 19-18141

¹⁹² J.nr. 19-18141

¹⁹³ J.nr. 19-18141

¹⁹⁴ J.nr. 19-16667

¹⁹⁵ J.nr. 19-16667

havde løftet bevisbyrden for, at hjemmearbejdet ville have udgjort en uforholdsmæssig stor byrde, eller at socialrådgiveren ikke var kompetent, egnet og disponibel. Nævnet lagde vægt på, at arbejdsgiveren ”over en periode på ti år havde kunnet tilbyde klager relevante skåneforanstaltninger, herunder i form af muligheden for hjemmearbejde, og at det i hvert fald ikke ses afprøvet, om dette ... kunne forsætte...”¹⁹⁶. Derfor havde arbejdsgiveren ikke iagttaget tilpasningsforpligtelsen.¹⁹⁷ Afgørelsen viser dermed, at arbejdsgiveren ikke kan stoppe allerede iværksatte tilpasninger, såfremt disse ikke ved en fornyet vurdering anses for at udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren eller ikke længere bidrager til, at arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel.

På baggrund af ovenstående afgørelser, kan det udledes, at arbejdsgiveren altså også skal iagttage tilpasningsforpligtelsen i forbindelse med fremtidige stillinger, eksempelvis ved omstruktureringer eller virksomhedsoverdragelser. Arbejdsgiveren er dog kun forpligtet i det omfang, at ændringerne ikke anses for at udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren eller ikke længere bidrager til, at arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen.

6. Diskussion

Antallet af sager, som behandles for de danske domstole og Ligebehandlingsnævnet viser med al tydelighed, at fortolkningen og udstrækningen af tilpasningsforpligtelsens delelementer er vanskeligt for arbejdsgiverne at håndtere i praksis. Der kan være flere forklaringer på, hvorfor netop denne vurdering stadig ses at volde arbejdsgiverne store vanskeligheder. For det første kan en mulig forklaring være, at der allerede inden vedtagelsen af forskelsbehandlingsloven og den senere implementering af beskæftigelsesdirektivet, i socialretten og arbejdsmiljøretten var lignende tiltag mod tilpasning, i form af visitering af hjælpemidler og krav til arbejdspladsens indretning i overensstemmelse med AT-vejledningerne.¹⁹⁸ Herudover kan også arbejdsrettens indretning spille en stor rolle. I arbejdsretten er der almindeligvis overladt et stort skøn til arbejdsgiveren. Det kan derfor være svært for arbejdsgiveren pludselig at skulle navigere inden for fastlagte rammer og fremgangsmåder. Arbejdsgiverens forståelse af tilpasningsforpligtelsen var og er formentlig stadig påvirket af dette.

For det andet er udstrækningen af tilpasningsforpligtelsens delelementerne i høj grad baseret på konkrete vurderinger, da hverken forskelsbehandlingsloven, dens forarbejdere eller direktivet opstiller en udtømmende liste over tilpasninger, deres udstrækning eller grænser. De konkrete vurderinger, som er en del af tilpasningsforpligtelsen, medvirker heller ikke til at gøre området mindre vanskeligt og komplekst for arbejdsgiveren at navigere i. Eksempelvis vil spørgsmålet om en eller flere tilpasninger i et konkret tilfælde, udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, afhænge af blandt andet virksomhedens størrelse. Derfor er arbejdsgiveren afhængig af at kunne finde fortolkningsbidrag, som giver retningslinjer, som arbejdsgiveren kan navigere ud fra. Det er derfor interessant at se på om domstolene og Ligebehandlingsnævnet reelt ønsker eller har viljen til at give de fortolkningsbidrag, som arbejdsgiveren har brug for, qua tilpasningsforpligtelsens konkrete vurderinger.

Udstrækningen af tilpasningsforpligtelsens delelementer, herunder rimelighedsvurderingen mv., er som tidligere anført i afhandlingen, overladt til yderligere fortolkning og udfyldning i national ret. Det er derfor også essentielt, at Ligebehandlingsnævnet og domstolene reelt ønsker eller har viljen til

¹⁹⁶ J.nr. 19-16667

¹⁹⁷ J.nr. 19-16667

¹⁹⁸ Afsnit 3.1.

at skabe klare linjer for fortolkningen og uddybningen. Eksempelvis ved at opstille nogle klare pejlemærker for vurderingens indhold. Disse pejlemærker skal udledes af deres overvejelser og begrundelser beskrevet i afgørelsernes præmisser. Skeles der til EU-domstolen, er der en klar kronologi for behandlingen af sagerne, men også for EU-domstolens overvejelser og begrundelser.¹⁹⁹ Det ville derfor formentlig kunne afhjælpe vanskelighederne, eller i det mindste give nogle mere klare pejlemærker for, hvordan arbejdsgiverne skal navigere i disse sager, hvis de danske domstolene var lige så stringente i deres kronologi og metode, som EU-domstolen. De danske domstolene kunne med fordel drage nytte af EU-domstolens fastlagte kronologi. Det er ikke kun EU-domstolens kronologi, som er tydelig, men også EU-domstolens begrundelser fremgår tydeligt og klart af deres afgørelser. Det er let for arbejdsgiveren at læse EU-domstolens overvejelser og begrundelser, og navigere ud fra dette, da domstolens overvejelser beskrives detaljeret.

Der er i den juridiske litteratur igennem tiden blevet stillet spørgsmålsteget ved domstolenes kortfattede præmisser, som ikke nødvendigvis indeholder en uddybning af rettens overvejelser, således at eksempelvis arbejdsgiverne ikke får indsigt i de overvejelser, som har ført til afgørelsens resultat.²⁰⁰ Dette er naturligvis problematisk på flere punkter. Arbejdsgiveren er afhængig af, at domstolene og Ligebehandlingsnævnet uddyber deres overvejelser og begrundelser, da arbejdsgiveren ikke kan slå op i beskæftigelsesdirektivet eller forskelsbehandlingsloven for at få en hjælpende hånd til, hvad de skal lægge vægt på i forhold til den konkrete vurdering, ved eksempelvis vurderingen af om arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel. Arbejdsgiveren er derfor nødsaget til at søge hjælp i retspraksis for at finde de øvre og nedre grænser for tilpasningsforpligtelsens udstrækning. Det er derfor særdeles problematisk, hvis overvejelserne ikke er tilstrækkeligt belyst. Domstolene spiller derfor en afgørende rolle. Måske også en større rolle end domstolene selv er opmærksom på.

Det kan diskuteres, hvorvidt domstolene er opmærksomme på eller optaget af den rolle de spiller i tilknytning til nærmere fastsættelse af retsprincipper, hvad der generelt udgør gældende ret, og ikke mindst fastsættelse af bestemmelsernes udstrækning inden for gældende ret. Dette bidrager naturligvis til, at domstolene ikke nødvendigvis skriver uddybende om deres overvejelser i præmisserne. Domstolene har tendens til at bruge ”en samlet set” tilgang, som ikke bidrager med detaljerede overvejelser. Domstolene er naturligvis opmærksomme på deres retsskabende rolle på de områder, hvor gældende ret endnu ikke er fastlagt.²⁰¹ Men på et område som forskelsbehandling, herunder udstrækningen af tilpasningsforpligtelsens delelementer, synes det tydeligt, at domstolene ikke nødvendigvis er opmærksomme på eller optaget af, at deres behandling af sager inden for allerede gældende ret, faktisk i praksis udgør et særdeles vigtigt hjælpeværktøj og retskilde for arbejdsgiverne, når de skal navigere inden for rammerne af tilpasningsforpligtelsen. Dette er formentlig en af forklaringerne på, at domstolene traditionelset i dansk ret, skriver kortfattede præmisser, som ikke nødvendigvis uddyber deres tanker bag en given afgørelse. Men det er formentlig også en af flere elementer der bidrager til at området er så svært for arbejdsgiverne at navigere i.

7. Konklusion

Baggrunden for afhandlingen er at undersøge arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse over for ansatte der har et handicap. Afhandlingen vil uddybe, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder for arbejdsgiveren, hvad pligten indebærer og hvor grænserne går – herunder hvad der skal til for, at arbejdsgiveren kan løfte bevisbyrden.

¹⁹⁹ Afsnit 5.2.

²⁰⁰ Vejledning om den gode ankedom, s. 14-15

²⁰¹ Vejledning om den gode ankedom, s. 16-17

Beskyttelsen mod forskelsbehandling, herunder tilpasningsforpligtelsen skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Handicapbegrebet har en selvstændig betydning for tilpasningsforpligtelsen, da forpligtelsen alene relaterer sig til beskyttelseskriteriet handicap. Begrebet har været behandlet indgående af EU-domstolen, som i Ring/Werge sagerne og Daouidi-sagen fastlagde en definition af handicapbegrebet.

I relation til tilpasningsforpligtelsen er det på den ene side arbejdstageren, der skal løfte bevisbyrden for, at arbejdstageren har et handicap omfattet af handicapbegrebet, samt at arbejdsgiveren har kendskab eller burde have kendskab til det. Først herefter vil forpligtelsen indtræde. På den anden side skal arbejdsgiveren løfte bevisbyrden for at tilpasningsforpligtelsen ikke er tilsidesat – herunder om en mulig tilpasning udgør en uforholdsmæssig stor byrde, eller at arbejdstageren med tilpasningerne ikke er kompetent, egnet og disponibel. Forpligtelsens indtræden er dog afhængig af, at arbejdsgiveren har viden eller burde have viden om arbejdstagerens handicap. Tilsidesætter arbejdsgiveren tilpasningsforpligtelsen kan arbejdstageren tilkendes en godtgørelse. Niveauet er en godtgørelse svarende til 6-12 måneders løn, dog under hensyntagen til arbejdstagerens anciennitet og sagens konkrete omstændigheder.

Der kan ikke opstilles en udtømmende liste over hensigtsmæssige tilpasninger, da det er en konkret vurdering, hvor der blandt andet skal tages hensyn til arbejdstagerens behov. Udgangspunktet er dog, at det er arbejdsgiveren der skal iværksætte mulige tilpasninger. Udgangspunktet modificeres dog i retspraksis, hvorefter arbejdsgiveren som minimum må overveje arbejdstagerens forslag til tilpasninger. Ligesom, at arbejdstagerens læges forslag tillægges stor betydning. Med andre ord er der i praksis tale om et fælles ansvar mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren. Dog er det arbejdsgiveren, som i sidste ende har bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen ikke er tilsidesat.

Tilpasningsforpligtelsen indebærer en række forpligtelser for arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren skal som minimum konkret have undersøgt mulige og relevante tilpasninger. Dog tillægges arbejdsgivers overvejelser i praksis en stor betydning. Arbejdsgiverens forpligtelse til at afprøve tilpasninger er ikke absolut, hvorfor der i hvert enkelt tilfælde må foretages en proportionalitetsafvejning. Dog tillægges arbejdsgivers forsøg på afprøvning stor vægt i praksis. Formår arbejdsgiveren ikke at iagttage en eller flere af disse delelementer, vil det være vanskeligt for arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden for, at der ikke er sket forskelsbehandling af arbejdstageren. Bestræbelserne og overvejelserne skal desuden kunne dokumenteres eller som minimum kunne sandsynliggøres. Arbejdsgiveren kan derfor ikke løfte bevisbyrden for, at forpligtelsen er iagttaget, såfremt arbejdsgiveren ikke som minimum har undersøgt, overvejet og eventuelt afprøvet tilpasningerne. Arbejdsgiveren skal dermed foretage sig noget aktivt.

Afhandlingen har endvidere undersøgt grænserne for tilpasningsforpligtelsen. Arbejdsgiveren er ikke forpligtet til at iagttage forpligtelsen, såfremt tilpasningerne kan anses for at udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Hvornår noget udgør en uforholdsmæssig stor byrde, er en konkret vurdering, dog bør der i overensstemmelse med direktivets betragtning nr. 21 lægges vægt på 1) de finansielle og andre omkostninger, 2) virksomhedens størrelse og 3) muligheden for støtte – herunder offentlige støtteordninger. Afhandlingens analyse har endvidere belyst de nærmere grænser for undtagelsen. Arbejdsgiveren er ikke forpligtet til at oprette en overtallig stilling eller oprette en ny stilling til arbejdstageren. Ej heller er arbejdsgiveren forpligtet til at omplacere en arbejdstager til stillinger, der har en anden karakter, end det der ligger i den oprindelige stilling. Dog må det som minimum undersøges om der er andre arbejdsopgaver, som kan rummes inden for stillingen eller om

der kan omplaceres til en stilling af samme karakter. Arbejdsgiveren vil dog ikke kunne påberåbe sig en uforholdsmæssig stor byrde, såfremt afsøgning og iværksættelse af eventuelle støtteordninger ikke er iværksat.

I relation til tilpasningsforpligtelsens grænser, har afhandlingen endvidere belyst, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at fastholde en arbejdstager i beskæftigelse, såfremt arbejdstageren ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen med de mulige tilpasninger. Afhandlingens analyse af relevant retspraksis har belyst, at det er en konkret vurdering, hvad der i den enkelte sag udgør de væsentlige funktioner, men at der i væsentlighedsvurderingen må lægges vægt på arbejdstagerens konkrete formåen ved hjælp af relevante tilpasninger, hvad der i den konkrete stilling udgør de væsentlige funktioner, samt hvordan arbejdstageren er begrænset henset til stillingens kerneopgaver.

Tilpasningsforpligtelsen er en løbende forpligtelse, hvilket har en betydning, når der i nogle tilfælde under ansættelsesforholdet, sker ændringer på arbejdstager- og arbejdsgiversiden. Afhandlingen har blandt andet belyst, at arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage løbende ændringer, såfremt arbejdstagerens forhold ændres, dog kun i det omfang det ikke medfører en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, og at arbejdstageren med disse nye tilpasninger er kompetent, egnet og disponibel. Afhandlingen har endvidere belyst, at arbejdsgiveren også skal iagttage forpligtelsen ved omstruktureringer og virksomhedsoverdragelser, hvorfor arbejdsgiveren ikke med henvisning til den tidligere arbejdsgiver kan frasige sig iagttagelsen af forpligtelsen, da forpligtelsen er løbende.

Det er med andre ord meget vigtigt, at arbejdsgiveren griber tilpasningsforpligtelsen rigtigt an, når den indtræder. Det betyder derfor, at arbejdsgiveren indledningsvist skal undersøge, overveje og eventuelt afprøve mulige tilpasninger, herefter må det vurderes om disse tilpasninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde og slutteligt må det vurderes om arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i stillingen med tilpasningerne.

Det har vist sig, at fortolkningen og udstrækningen af forpligtelsen er vanskeligt for arbejdsgiveren at håndtere. Dels på grund af den historiske tankegang i forhold til socialretten og arbejdsmiljøretten, og dels fordi pligtens delelementer er påvirket af konkrete vurderinger. Domstolene spiller derfor en væsentlig rolle i forhold til at gøre det mindre vanskeligt for arbejdsgiverne at navigere i. De vil formentlig kunne afhjælpe vanskelighederne, hvis domstolene var mere uddybende omkring deres overvejelser i afgørelsernes præmisser, som ses i EU-domstolens præmisser.

8. Litteraturliste

8.1. Bøger:

- Andersen, A. L., Nielsen, R., Precht, K., & Tvarnø, C. D. (2020). *Ligestillingslovene med kommentarer Bind 1 (8. udg.)*. København K: Djøf Forlag.
- Andersen, L. S., Lauridsen, L., Pedersen, L. L., Ratkovic, S., Christian, T. T., & Ulrich, M. (2020a). *Funktionærret (6. udg.)*. København K: Djøf Forlag.
- Andersen, L. S., Lauridsen, L., Pedersen, L. L., Ratkovic, S., Christian, T. T., & Ulrich, M. (2020b). *Funktionærret (6. udg.)*. [EPub], Schultz Arbejdsretsportalen.
- Blume, P. (2016). *Retssystemet og juridisk metode (3. udg.)*. København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Evald, J. (2020). *Juridisk teori, metode og videnskab (2. udg.)*. København K: Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hasselbalch, O., & Munkholm, N. V. (2019). *Ansættelsesret & personalejura (6. udg.)*. København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kristiansen, J. (2020). *Grundlæggende arbejdsret (5. udg.)*. [EPub], Schultz Arbejdsretsportalen
- Nielsen, R. (2016). *Dansk arbejdsret (3. udg.)*. København K: Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Nielsen, R. (2017). *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer (1. udg.)*. København: Karnov Group.
- Nielsen, R. (2019). *EU arbejdsret (5. udg.)*. København K: Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Schmiegelow, M., Lage, M., & Schwarz, F. (2015). *Handicap – En guide til praktisk håndtering af sager om forskelsbehandling pga. handicap*. Horten Advokatpartnerselskab.
- Schwarz, F., & Hjorth-Hartmann, J. (2019). *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven (2. udg.)*. København: Karnov Group.

8.2. Lovgivning og forarbejdere:

- Lovbekendtgørelse 2016-10-02 nr. 1230 om Ligebehandlingsnævnet
- Lovbekendtgørelse 2011-06-08 nr. 645 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

- Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.
- Lov nr. 253 af 7. april 2004
- Lov nr. 459 af 12. juni 1996 - Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.
- Lovbekendtgørelse 2020-02-03 nr. 108 om kompensation til handicappede i erhverv m.v
- Lov 2019-05-07 nr. 548 om en aktiv beskæftigelsesindsats
- Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet)
- Folketingstidende 1995-96, Tillæg A
- Folketingstidende 2003-04, Tillæg A
- Folketingstidende 2003-04, Tillæg C
- Folketingstidende 2004-05, Tillæg A
- Folketingstidende 2004-05, Tillæg C

8.3. Artikler og publikationer:

- Beskæftigelsesministeriet. (2009). *Notat om bevisbyrde*. Lokaliseret på <https://www.ft.dk/samling/20091/lovforslag/l42/spm/2/svar/661609/757444/index.htm>.
- Beskæftigelsesministeriet. (2019). *Vejledning om lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.* Lokaliseret på <https://bm.dk/media/9577/vejledning-om-forskelsbehandlingsloven.pdf>.
- Ligebehandlingsnævnet. (2018). *Notat om handicapbegrebet*. Lokaliseret på <https://ast.dk/publikationer/notat-om-handicapbegrebet>.
- Sand, Jacob: *Forbud mod diskrimination af direktører*, Advokaten 2, 2006.
- Østre Landsret og Vestre Landsret. (2010). *Vejledning om den gode ankedom* (J.nr. 19A-ØL-41-09 og J.nr. 21A-VL-30-10). Lokaliseret på <https://www.domstol.dk/media/1194/den-gode-ankedom.pdf>.

8.4. Websider

- Ankestyrelsen. (17. november 2020). *Efter afgørelsen - Ankestyrelsen*. Hentet 4. februar 2021 fra Ast.dk: <https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/en-sag-i-ligebehandlingsnaevnet/hvad-sker-der-nar-ligebehandlingsnaevnet-har-truffet-afgorelse>

8.5. Retspraksis

8.5.1. EU-domstolen

- De forenede sager – Ring/Werge, Sag C-335/11 og C-337/11
- Sag 14/83 (Colson og Kamann)
- De forenede sager; C-397/01 - C-403/01 (Pfeiffer)
- Sag C-441/14 (Ajos)
- C-13/05 (Chacón Navas)
- C-395/15 (Daouidi)
- Sag C-354/13 (Kaltoft)
- Sag C-397/18 (Ibérica)
- Sag C-465/93 (Atlanta)

8.5.2. Højesteret

- U.2016.2463 H
- U.2015.1 H

- U.2015.3301 H
- U.2015.3827 H
- U.2014.3592 H
- U.2013.2575 H

8.5.3. Vestre Landsret

- U.2019.4304 V
- U.2018.2912 V
- U.2015.1169 V

8.5.4. Østre Landsret

- Østre Landsrets dom af 28. februar 2020, BS-14028/2018-OLR
- Østre Landsrets dom af 29. juni 2017, Sag B-2614-16
- Østre Landsrets dom af 21. april 2017, Sag B-846-16
- Østre Landsrets dom af 19. januar 2017, Sag B-23-16
- Østre Landsrets dom af 5. juli 2013, Sag B-2579-12
- U.2011.2880 Ø

8.5.5. Sø- og Handelsretten

- U.2014.1223 SH

8.5.6. Ligebehandlingsnævnet

- J.nr. 19-18141
- J.nr. 19-16667
- J.nr.19-34996
- J.nr.19-39361
- J.nr. 18-3133
- J.nr.18-8176
- J.nr.18-42449
- J.nr. 2017-6810-01166
- J.nr. 2015-6810-06077
- J.nr. 2015-6810-19427