



Colourbox.com

VEJLEDNING OM
**LOV OM FORBUD MOD
FORSKELSBEHANDLING
PÅ ARBEJDSMARKEDET M.V.**

Udgivet af
Beskæftigelsesministeriet
1. februar 2019

Indhold

1. Indledning	5
2. Lovens udvikling.....	5
3. Lovens anvendelses – og beskyttelsesområde	6
3.1 Forskelsbehandlingsbegrebet	6
3.1.1 Direkte forskelsbehandling.....	7
3.1.2 Indirekte forskelsbehandling	7
3.1.3 Chikane.....	8
3.1.4 Instruktion om at forskelsbehandle.....	9
3.2 Hvem er omfattet af loven?.....	9
3.2.1 Lønmodtagere.....	10
3.2.2 Ansøgere til ledige stillinger	10
3.2.3 Andre	10
3.3 Hvornår gælder loven?.....	11
3.3.1 Ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse og løn- og arbejdsvilkår.....	11
3.3.2 Uddannelse	11
3.3.3 Selvstændigt erhverv, foreninger og organisationer	12
3.4 Kan loven fraviges?.....	13
3.5 Loven i forhold til kollektive overenskomster – særligt om alder	13
4. Lovens beskyttede kriterier	14
4.1 Handicap	14
4.1.1 Afgrænsning af handicapbegrebet	15
4.1.1.1 Sondring mellem handicap og sygdom.....	20
4.1.1.2 ”Lægeligt diagnosticeret sygdom”.....	21
4.1.1.3 ”Langvarig funktionsbegrænsning”	22
4.1.1.4 Arbejdsgiverens viden eller burde viden	23
4.1.1.5 Eksempler fra retspraksis.....	25
4.1.2 Anvendelse af 120-dages reglen.....	25
4.1.3 Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse	27
4.1.3.1 Hensigtsmæssige foranstaltninger	27
4.1.3.1.1 Eksempler på ”typiske” foranstaltninger.....	29
Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning	29
4.1.3.2 Kompetent, egnet og disponibel	30
4.1.3.3 Rimelighedsvurderingen	31

4.1.3.3.1	<i>Uforholdsmæssig stor byrde</i>	32
Finansielle og andre omkostninger.....		32
Virksomhedens størrelse og finansielle midler		33
Offentlige tilskud eller anden støtte		33
4.1.3.3.2	<i>Byrdevurderingen i retspraksis</i>	34
4.1.4	Særligt om ”by association” (”tilknytningshandicap”).....	40
4.1.4.1	Beskyttelse mod forskelsbehandling af forældre til børn med handicap	40
4.2	Alder.....	41
4.2.1	Generelle regler	41
4.2.1.1	Forskelsbehandling på grund af alder ved ansættelse og under ansættelsen	42
4.2.1.2	Forskelsbehandling på grund af alder ved afskedigelse.....	44
4.2.2	Særlige regler om aldersgrænser	47
4.2.2.1	Ophævelse af 70 års-reglen pr. 1. januar 2016	48
4.2.2.2	Aldersgrænser i kollektive aftaler og overenskomster.....	48
4.2.2.3	Aldersgrænser i forhold til ungarbejdere	50
4.2.2.3.1	<i>Unge under 18 år</i>	50
4.2.2.3.2	<i>Unge under 15 år</i>	51
4.2.2.4	Aldersgrænser i forhold til adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger m.v.	52
4.2.3	Anciennitetsbestemte regler i funktionærloven	53
4.3	Religion og tro.....	55
4.3.1	Udøvelse af religion på arbejdspladsen	56
4.3.1.1	Beklædningsreglementer	56
4.3.1.1.1	<i>Krav om sagligt formål og proportionalitet</i>	61
4.3.1.1.2	<i>Bede – og spiseritualer</i>	63
4.3.1.2.1	<i>Krav om sagligt formål og proportionalitet</i>	64
4.4	Race og hudfarve.....	64
4.5	Politisk anskuelse	65
4.6	Seksuel orientering.....	65
4.7	National, social eller etnisk oprindelse	66
4.7.1	National oprindelse.....	66
4.7.2	Social oprindelse	66
4.7.3	Etnisk oprindelse	66
4.7.4	Sprogkrav	67
5.	Forbud mod registrering og annoncering	68
5.1	Forbud mod registrering.....	68

5.2 Annoncering.....	68
6. Lovens generelle undtagelser	70
6.1 Væbnede styrker i aktiv tjeneste (lovens § 1a)	70
6.2 Virksomhedens art (lovens § 6, stk. 1).....	70
6.3 Dispensation (lovens § 6, stk. 2)	71
6.4 Pension m.v. (lovens § 6a)	72
6.5 Mulighed for at fravige forbud mod registrering (lovens § 9, stk. 1).....	72
6.6 Positiv særbehandling i anden lovgivning (lovens § 9, stk. 2).....	72
6.7 Positiv særbehandling for seniorer og personer med handicap (lovens § 9, stk. 3)	73
6.8 Beskyttelse af børn og unge (lovens § 9, stk. 4).....	73
7. Bevisbyrde, sanktioner og klageadgang	74
7.1 Bevisbyrde	74
7.2 Godtgørelse	75
7.2.1 Beskyttelse mod repressalier	76
7.3 Bøde i stedet for godtgørelse.....	76
7.4 Klageadgang.....	77
7.4.1 Ligebehandlingsnævnet	77
7.4.2 Fagretlig behandling	78
7.4.3 Afskedigelsesnævnet	78
7.4.4 Civile domstole.....	78
8. Relevante links	78

1. Indledning

Beskæftigelsesministeriet har udarbejdet nærværende vejledning om lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (forskelsbehandlingsloven), som erstatter ministeriets tidligere vejledning om forskelsbehandlingsloven fra 2005.

Vejledningen er ikke juridisk bindende, men orienterer om reglernes indhold, baggrund og kendt fortolkning.

Vejledningen indeholder bl.a. eksempler på, hvordan loven skal forstås og har til formål at informere lønmodtagere og arbejdsgivere, som har behov for at forstå reglerne i forskelsbehandlingsloven. Derudover kan vejledningen også benyttes af f.eks. jobcentre, som kan have behov for at kende reglerne i forhold til deres generelle vejledning af virksomheder og ledige.

Vejledningen indeholder som udgangspunkt retspraksis frem til 1. maj 2016¹ og omfatter væsentlige afgørelser fra danske domstole og EU-Domstolen. Der er ikke tale om en udtømmende gennemgang af alle sager om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og der tages forbehold for at sagerne kan være anket eller afgjort ved en senere instans.²

For nærmere uddybning af den gennemgåede retspraksis og øvrige domme og afgørelser, som ikke er medtaget i vejledningen, henvises til lovportaler og domstol.dk.

Vejledningen offentliggøres på www.bm.dk og www.retsinformation.dk.

2. Lovens udvikling

Forskelsbehandlingsloven blev vedtaget i 1996³ med henblik på Danmarks overholdelse af FN's internationale arbejdsorganisations⁴ konvention nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv samt FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination (CERD). Forskelsbehandlingsloven forbød forskelsbehandling på arbejdsmarkedet i forhold til race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse. I den oprindelige forskelsbehandlingslov var forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap således ikke omfattet.

De første lovændringer blev foretaget i 2004. Ændringerne bestod primært i, at forskelsbehandlingsloven blev benyttet til at implementere Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse ("direktivet om racelighed") og Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv ("beskæftigelsesdirektivet"). Lovændringen havde til formål at opfylde de EU-retlige forpligtelser, således at forskelsbehandlingsloven blev underlagt en EU-konform fortolkning for at opfylde direktivets minimumskrav.

Ved lovændringen i 2004 blev der derfor i forskelsbehandlingsloven indsat nye definitioner af begreberne direkte og indirekte forskelsbehandling, samt chikane og instruktion. Derudover fik Institut for Menneskeret-

¹ Undtagelsesvis inddrages afgørelser, som er afsagt efter 1. maj 2016, hvis indholdet i afgørelserne har væsentlig betydning for forståelsen af praksis på retsområdet.

² I forhold til de danske domstole er der hovedsageligt medtaget afgørelser fra landsretter og Højesteret. Byretsafgørelser har en begrænset præjudikatsværdi, hvorfor de kun er medtaget, hvis de har en særlig betydning for forståelsen af praksis på retsområdet.

³ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

⁴ ILO er FN's faglige organ for arbejdsmarkedsspørgsmål og har vedtaget en række konventioner, som fastsætter internationale arbejdsstandarder og skaber retlige forpligtelser for de lande, som har ratificeret konventionerne.

tigheder kompetence til at behandle klager over forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af etnisk oprindelse. Endvidere blev alder og handicap indsat som nye beskyttelseskriterier.

I 2006 blev forskelsbehandlingsloven ligeledes ændret. Herved blev reglerne for unge under 18 år ændret, således at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i relation til ansættelse, aflønning og afskedigelse ikke gjaldt for unge under 18 år, hvor overenskomsterne gav mulighed herfor. Loven var således ikke til hinder for, at der blev indgået kollektive aftaler eller overenskomster om særlige regler for aflønning af unge under 18 år. Endvidere blev aldersgrænsen i forskelsbehandlingsloven, der fastsatte hvornår det kan aftales, at en lønmodtager skal fratræde på grund af alder, hævet fra 65 til 70 år.

I 2008 blev forskelsbehandlingsloven ændret således, at der blev oprettet et samlet nævn for ligebehandling, det nuværende Ligebehandlingsnævn, der kan behandle klager om overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alle de i forskelsbehandlingsloven nævnte beskyttelseskriterier samt køn. I den forbindelse blev den tidligere Klagekomité for etnisk ligebehandling og Ligestillingsnævnet, der behandlede klager over forskelsbehandling på grund af køn, nedlagt.

Den seneste ændring af forskelsbehandlingsloven blev foretaget i 2014. Denne lovændring gik primært ud på en ophævelse af 70-års grænsen, således at det ikke længere er muligt at indgå aftaler om pligtsmæssig fratræden, når en lønmodtager fylder 70 år. Dette gælder både individuelle aftaler og kollektive overenskomster. Ændringsloven havde til formål at fjerne barrierer i forskelsbehandlingsloven for, at ældre lønmodtagere kan blive på arbejdsmarkedet, såfremt de har evnerne, viljen til og muligheden for det.

Desuden kan det tilføjes, at FN's Handicapkonvention har siden ratifikationen i 2009 givet Danmark en overordnet ramme for arbejdet med handicapområdet. Formålet med konventionen er at sikre, at personer med handicap kan få fuldt udbytte af menneskerettighederne og de fundamentale frihedsrettigheder samt at fremme respekten og værdigheden hos personer med handicap. Institut for Menneskerettigheder blev i den forbindelse udpeget til at fremme og overvåge gennemførelsen af FN's Handicapkonvention i Danmark.

3. Lovens anvendelses – og beskyttelsesområde

3.1 Forskelsbehandlingsbegrebet

I forskelsbehandlingslovens § 1, stk.1, defineres forskelsbehandlingsbegrebet som følgende:

”Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.”

Af denne bestemmelse skal forstås, at loven beskytter mod enhver forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på baggrund af de opregnede kriterier:

- Race, hudfarve eller etnisk oprindelse
- Religion eller tro
- Seksuel orientering
- National eller social oprindelse
- Politisk anskuelse
- Alder
- Handicap

Det bemærkes, at de opregnede kriterier i forskelsbehandlingsloven er udtømmende. Såfremt, der er kriterier, som ikke er omfattet af de opregnede kriterier, falder disse således udenfor forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde.

Det bemærkes endvidere, at forskelsbehandling på grund af køn er reguleret i bekendtgørelse af lov om ligebehandling af mænd og kvinder (ligebehandlingsloven).

Forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af de opregnede kriterier i forskelsbehandlingsloven gælder både direkte og indirekte forskelsbehandling, som beskrives i de næste afsnit.

3.1.1 Direkte forskelsbehandling

Direkte forskelsbehandling er beskrevet i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2:

”Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.”

Direkte forskelsbehandling foreligger, når en person stilles ringere i arbejdsmæssig sammenhæng, baseret på personens tilknytning til én eller flere af de opregnede kriterier. Direkte forskelsbehandling er som udgangspunkt ulovlig og kan – modsat indirekte forskelsbehandling – ikke sagliggøres. Der er dog nogle generelle undtagelser, som gennemgås i afsnit 6.

Eksempel – Direkte forskelsbehandling

En arbejdsgiver afviser at ansætte en jobansøger med syrisk oprindelse, med den begrundelse at kunderne føler sig mere trygge ved at blive betjent af en etnisk dansker.

➔ Dette vil være ulovligt, da der er tale om direkte forskelsbehandling på baggrund af etnisk oprindelse.

Eksempel – Direkte forskelsbehandling

En ansøger til en stilling får at vide, at hun ikke får jobbet, fordi hun er for gammel.

➔ Dette vil være ulovligt, da der er tale om direkte forskelsbehandling på grund af alder.

3.1.2 Indirekte forskelsbehandling

Indirekte forskelsbehandling er beskrevet i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3:

”Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog § 2 a.”

De klassiske eksempler på indirekte forskelsbehandling er eksempelvis sprogkrav, bopælskrav eller krav til særlige uddannelsesbeviser, som kun vanskeligt kan opnås for visse nationalitetsgrupper.

Eksempel – Indirekte forskelsbehandling

En bank søger en kunderådgiver og kræver, at den nye medarbejder skal kunne formulere sig på flydende dansk.

- Det er lovligt, fordi det er sagligt at forlange, at en rådgiver med tæt kontakt til en masse kunder skal kunne tale og skrive flydende dansk.

Som det fremgår af § 1, stk. 3 vil det være muligt at fravige forbuddet om indirekte forskelsbehandling såfremt kriteriet er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det saglige formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Om et formål er sagligt beror på en konkret vurdering af om formålet er lovligt og synes rimeligt, og om det er vedkommende for sagen. Der er ligeledes tale om en konkret proportionalitetsvurdering, hvori der indgår en toleddet test. For det første skal kriteriet være egnet til at sikre opfyldelsen af det pågældende anførte hensyn. Endvidere må kriteriet ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Dette indebærer også, at kriteriet skal være det mindst indgribende af flere mulige midler til at opnå det pågældende formål.

Tages der udgangspunkt i eksemplerne ovenfor vil sprogkravet således ikke være et sagligt krav, idet kassemedarbejdere ikke behøver at tale fejlfrit dansk for at kunne besidde stillingen. Er der derimod tale om en bank der søger en ny økonomisk rådgiver, og det i jobopslaget betinges, at jobansøgere skal kunne formulere sig på et flydende og fejlfrit dansk, vil dette være et lovligt kriterium. Dette skyldes, at det både er sagligt og proportionelt at forlange, at en økonomisk rådgiver som kunderne skal have tæt kontakt med og tillid til, skal kunne formidle sin viden på et fuldt forståeligt og fejlfrit dansk.

Derudover beskytter forskelsbehandlingsloven også imod chikane og en instruktion om at forskelsbehandle, jf. herom i de næste to afsnit.

3.1.3 Chikane

Det er forskelsbehandling, hvis en person chikaneres på grund af ét eller flere af de kriterier, der er omfattet af loven. Heri ligger, at den krænkede person ikke ville være blevet udsat for chikane, hvis personen f.eks. havde været af en anden race eller etnisk oprindelse, havde haft en anden seksuel orientering, en anden hudfarve osv. Både tilsigtet og utilsigtet chikane er omfattet af forbuddet og betragtes som forskelsbehandling. Utilsigtet chikane er en adfærd, som ikke finder sted med det formål at krænke en person, men som alligevel krænker personen.

Bestemmelsen om chikane fremgår af lovens § 1, stk. 4:

”Chikane skal betragtes som forskelsbehandling, når en uønsket optræden i relation til en persons race, hudfarve, religion eller tro, politiske anskuelser, seksuelle orientering, alder, handicap eller nationale, sociale eller etniske oprindelse finder sted med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende eller ubehageligt klima for den pågældende.”

Chikane er således udtryk for en uønsket adfærd fra kolleger/overordnede, der krænker de personer, der er omfattet af forskelsbehandlingsloven. Adfærden skal have det formål eller den virkning ”at krænke en persons værdighed og skabe et truende klima m.v. for den pågældende”. Adfærd kan både være af fysisk og psykisk karakter. Handlingerne kan være skriftlige eller mundtlige, ligesom fagter og lign. kan være chikane.

Det er arbejdsgiverens pligt og ansvar at sikre sine ansatte mod chikane. Hvis en medarbejder chikanerer en anden medarbejder, er arbejdsgiveren forpligtet til at skride ind og stoppe den krænkende adfærd, hvis han ved eller burde vide, hvad der foregår på virksomheden.

Chikane i forskelsbehandlingslovens forstand kræver, at de involverede personer er ansat hos arbejdsgiveren. Den ansatte, der krænker en kollega, kan efter omstændighederne pålægges at betale en erstatning til den krænkede efter erstatningsansvarslovens § 26. Erstatningsansvaret for chikane begået mellem kollegaer er ikke reguleret i forskelsbehandlingsloven.

Eksempel – Chikane

En homoseksuel mand bliver omtalt som ”svansen” af sine kollegaer.

- ➔ Det er ulovligt, da der er tale om chikane. Og arbejdsgiveren er forpligtet til at skride ind og stoppe den krænkende adfærd, hvis han ved eller burde vide, hvad der foregår på virksomheden.

3.1.4 Instruktion om at forskelsbehandle

En *instruktion* om at forskelsbehandle en person på grund af f.eks. race eller etnisk oprindelse betragtes som forskelsbehandling. Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 5:

”En instruktion om at forskelsbehandle en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse betragtes som forskelsbehandling.”

Det er en *instruktion*, når den person, der giver instruktionen, har beføjelse til at instruere den person, der modtager instruktionen. Der skal altså være et hierarki. Det vil typisk være arbejdsgiveren eller den daglige leder, der giver instruktionen.

En arbejdstager, der opfordrer en kollega til at forskelsbehandle en anden kollega, er ikke omfattet af forbuddet, fordi ingen af dem har beføjelser til at instruere den anden.

Eksempel – Instruktion

En direktør meddeler en afdelingsleder, at en ansat ikke skal på kursus på grund af sit politiske tilhørsforhold.

- ➔ Det er ulovligt, da der er tale om direkte forskelsbehandling på grund af politisk anskuelse.

Eksempel – Instruktion

Virksomhedens direktør meddeler personaleansvarlige chefer, at medarbejdere over 58 år ikke skal på kursus, fordi ”de jo sikkert alligevel snart holder op”.

- ➔ Det er ulovligt, da der er tale om direkte forskelsbehandling på grund af alder.

Afsnittet nedenfor omhandler forskelsbehandlingslovens beskyttelsesområde.

3.2 Hvem er omfattet af loven?

Af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fremgår det, at:

”En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.”

Af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fremgår det således, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår. Efter lovens ordlyd finder loven anvendelse på lønmodtagere og jobansøgere, som derved er beskyttet mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Beskyttelsen skal dog fortolkes bredt og i lyset af beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 1, som anfører, at:

”...[direktivet finder] anvendelse både i den offentlige og den private sektor på alle personer vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet...”

3.2.1 Lønmodtagere

Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fastslår, at lønmodtagere er omfattet af loven. Der er dog ikke nogen fast definition af, hvad der nærmere skal forstås ved en lønmodtager, hvorfor der skal foretages en konkret helhedsvurdering i hvert enkelt tilfælde. Det kan derfor give anledning til udfordringer at afgrænse lønmodtagerbegrebet i forhold til andre typer af kontraktforhold, der ikke er omfattet af den beskyttede personkreds i forskelsbehandlingsloven.

I vurderingen af om en person har lønmodtagerstatus kan bl.a. indgå, om:

- Personen skal udføre arbejdet personligt
- Personen i høj grad er undergivet tilsyns- og instruktionsbeføjelse
- Arbejdet udføres for arbejdsiverens regning og risiko
- Arbejdet udføres i arbejdsgiverens navn
- Personen har fået anvist et eller flere faste arbejdssteder
- Arbejdsgiveren indeholder A-skat

Det bemærkes, at der ikke er tale om en udtømmende liste af momenter, der kan indgå i vurderingen af, om en person har lønmodtagerstatus.

3.2.2 Ansøgere til ledige stillinger

Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fastslår også, at ansøgere til ledige stillinger er omfattet af lovens beskyttede personkreds. Dette indebærer bl.a., at det ikke er tilladt for en arbejdsgiver hverken at frasortere ansøgere eller at trække jobtilbud tilbage på baggrund af en oplysning, hvis denne oplysning er et beskyttet kriterium efter forskelsbehandlingsloven. Hvis en arbejdsgiver har lagt vægt på ulovlige kriterier, kan den pågældende jobansøger rette et godtgørelseskrav mod arbejdsgiveren.

Lovens beskyttede kriterier gennemgås i afsnit 4.

3.2.3 Andre

Forskelsbehandlingsloven beskytter ligeledes i forhold til personer i uddannelse. Dette gælder både i forhold til ansattes adgang til interne og eksterne uddannelsesmuligheder, samt i forhold til personer, som er under uddannelse som f.eks. universitetsstuderende. Dette fremgår af lovens § 3, stk. 1 og 2, som gennemgås nærmere i afsnit 3.3.2.

Forskelsbehandlingsloven beskytter endvidere personer, som ønsker at etablere sig som selvstændige. Det betyder, at en organisation eller lignende må ikke afslå at optage en person som medlem på grund af de kriterier, som er beskyttet af forskelsbehandlingsloven, og derved hindre, at personen etablerer sig som selvstændig. Derudover finder loven også anvendelse i forhold til medlemskab og deltagelse i en arbejdstager – eller arbejdsgiverorganisation. Dette fremgår af lovens § 3, stk. 3 og 4, som gennemgås nærmere i afsnit 3.3.3.

Afsnittet nedenfor omhandler forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde.

3.3 Hvornår gælder loven?

3.3.1 Ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse og løn- og arbejdsvilkår

I forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, fremgår det i hvilke situationer forbuddet mod forskelsbehandling finder anvendelse:

”En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.”

Bestemmelsen forbyder således forskelsbehandling ved:

- ansættelse
- afskedigelse
- forflyttelse
- forfremmelse
- løn- og arbejdsvilkår

Forbuddet mod forskelsbehandling betyder, at en arbejdsgiver ikke må lægge vægt på race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse., når han ansætter, afskediger, forflytter, forfremmer eller fastsætter løn- og arbejdsvilkår.

Det er op til at arbejdsgiveren at beslutte, hvad der er væsentligt for stillingen, så længe kravene ikke er udtryk for direkte eller usaglig indirekte forskelsbehandling. Arbejdsgiveren må altså beslutte sig ud fra de kvalifikationer, som er relevante i forhold til det konkrete job. Det betyder, at arbejdsgiveren - med de begrænsninger, der følger af forbuddet mod forskelsbehandling – kan vælge den, som, arbejdsgiveren mener, er bedst kvalificeret til jobbet.

I lovens § 2, stk. 2, er det endvidere præciseret, hvad der skal forstås ved lønmæssig forskelsbehandling:

”Forskelsbehandling med hensyn til lønvilkår foreligger, hvis der ikke ydes lige løn for samme arbejde eller for arbejde, der tillægges samme værdi.”

Såfremt en lønmodtager forskelsbehandles i strid med lovens § 2, stk. 2, stk. 1, har den pågældende krav på lønforskellen i henhold til lovens § 2, stk. 3. Lønmodtageren kan således få oprejsning for den ulovlige forskelsbehandling ved at få udbetalt lønforskellen inklusiv efterbetaling:

”En lønmodtager, hvis løn i strid med stk. 1 er lavere end andres, har krav på forskellen.”

3.3.2 Uddannelse

I forskelsbehandlingslovens § 3, stk. 1, fremgår det, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle sine ansatte, når det kommer til enhver form for uddannelse, hvilket både gælder interne og eksterne uddannelsesforløb, jf. forskelsbehandlingslovens § 3, stk. 1, hvor det fremgår, at:

”En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle ansatte, for så vidt angår adgang til erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervmæssig videreuddannelse og omskoling.”

Ifølge lovens § 3, stk. 2, gælder forbuddet mod forskelsbehandling ligeledes virksomheder der tilbyder undervisning, kurser og lignende:

”Forbuddet mod forskelsbehandling gælder tillige enhver, der driver vejlednings- og uddannelsesvirksomhed som nævnt i stk. 1, og enhver, der anviser beskæftigelse.”

Virksomheder, der udbyder undervisning, kurser og lignende er således forpligtet til at respektere forbuddet mod forskelsbehandling. Bestemmelsen omfatter f.eks. kursusvirksomheder og universiteter og gælder også rekrutteringsbureauer og andre, der anviser job, f.eks. jobcentre.

Eksempel – Kursus

En arbejdsgiver sender alle de ansatte i en afdeling på kursus. På nær én medarbejder, der får at vide, at hun skal passe butikken, mens de andre er væk, og at hun jo i øvrigt nok også snart går på pension, så det vil være spild af penge.

➔ Det er ulovligt. Det er direkte forskelsbehandling på grund af alder.

3.3.3 Selvstændigt erhverv, foreninger og organisationer

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 3, stk. 3, at:

”Forbuddet mod forskelsbehandling gælder tillige enhver, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelse om adgang til at udøve selvstændigt erhverv.”

Bestemmelsen i § 3, stk. 3, udvider forbuddet mod forskelsbehandling til også at omfatte private foreninger, der giver adgang til at udøve selvstændigt erhverv, f.eks. Advokatrådet.

Af forarbejderne til lovens § 3, stk. 3, fremgår det endvidere, at forskelsbehandling under henvisning til de i § 1 nævnte kriterier må f.eks. ikke finde sted, hvis der søges om optagelse i en organisation, såfremt optagelse er af afgørende betydning for pågældendes udøvelse af erhvervet. Bestemmelsen forpligter organisationer, laug, foreninger og andre, der fastsætter bestemmelser og træffer afgørelser om de i §§ 2 og 3 nævnte forhold til at gøre dette uden hensyntagen til de i § 1 nævnte kriterier.

Bestemmelsen i lovens § 3, stk. 3, retter sig primært mod organisationer m.v. for selvstændige erhverv. Den omfatter derimod ikke den situation, hvor en erhvervsvirksomhed søger en fast forretningsforbindelse, eller hvor en selvstændig erhvervsdrivende ønsker optagelse af en kompagnon i virksomheden.

Det fremgår af lovens § 3, stk. 4, at:

”Forbuddet mod forskelsbehandling gælder tillige enhver, der træffer beslutning om medlemskab af og deltagelse i en lønmodtager- eller arbejdsgiverorganisation, og de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne.”

Dette indebærer, at fagforeninger og arbejdsgiverorganisationer ikke må lægge vægt på de kriterier, der er omfattet af loven, når en person søger om at blive optaget i foreningen. Beskyttelsen mod forskelsbehandling gælder også under medlemskabet og kunne f.eks. have betydning i forhold til de aktiviteter, foreningen igangsætter.

Eksempel – Brancheforening

Brancheforeningen X, som man skal være medlem af for at være i faget, afviser at optage homoseksuelle som medlemmer.

→ Det er direkte forskelsbehandling på grund af seksuel orientering og således ulovligt.

Det næste afsnit omhandler, hvorvidt forskelsbehandlingsloven kan fraviges.

3.4 Kan loven fraviges?

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 5b, at:

”Lovens bestemmelser kan ikke fraviges til ugunst for lønmodtageren.”

Loven er således ufravigelig, hvis den er til ugunst for lønmodtageren og en eventuel aftale om at give afkald på sine rettigheder er ugyldig.

Forskelsbehandlingsloven anvendes dog ikke, hvis kollektive overenskomster regulerer området. Såfremt der er tale om en kollektiv overenskomst, Det fremgår dog af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 6, at:

”Loven finder ikke anvendelse, i det omfang en tilsvarende beskyttelse mod forskelsbehandling følger af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 7.”

Det er dog vigtigt at præcisere, at det kræves, at de pågældende kollektive overenskomster indeholder en beskyttelse, *der svarer* til beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven.

Hvis overenskomsten gennemfører beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap, skal overenskomsten give den samme beskyttelse som direktivet. Hvis det ikke er tilfældet, gælder loven. Dette fremgår af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 7:

”Loven finder ikke anvendelse, hvis et forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap følger af en kollektiv overenskomst eller aftale, der som minimum svarer til bestemmelserne i det i bilag 1 til loven optrykte direktiv nr. 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.”

Bestemmelsen betyder, at arbejdsmarkedets parter kan indgå aftaler, såkaldte implementeringsaftaler/overenskomster, som forbyder forskelsbehandling på grund af alder og handicap. Aftalerne skal leve op til beskæftigelsesdirektivets krav. Muligheden for at indgå aftaler betyder, at der kan være forskel på den beskyttelse, som en person får i kraft af overenskomsten og i kraft af loven. Det kan især være aktuelt i forbindelse med forskelsbehandling på grund af alder, da beskæftigelsesdirektivet giver mulighed for at tillade ulige behandling (dvs. direkte forskelsbehandling), hvis der er objektive grunde til det.

3.5 Loven i forhold til kollektive overenskomster – særligt om alder

Af forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 1, fremgår det, at:

”Bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster og i virksomheders interne reglemtenter m.v., som er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i §§ 2-5, er ugyldige. Dette gælder også bestemmelser i vedtægter m.v. for selvstændige erhverv og for arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer.”

Ligeledes fremgår det af forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 2, at:

”Bestemmelser i aftaler og i virksomheders reglementer m.v., som vedrører mere end én arbejdsgiver, er ligeledes ugyldige, hvis de hjemler forskelsbehandling på grund af et af de i § 1, stk. 1, omfattede kriterier inden for de i §§ 2-5 nævnte områder. Dette gælder også bestemmelser i vedtægter m.v. for selvstændige erhverv.”

Ovenstående § 5a, stk. 1 og 2, er en hovedregel om at, at aftaler, der indebærer forskelsbehandling (både direkte og indirekte) på grund af et af de beskyttede kriterier i forskelsbehandlingslovens § 1, er ugyldige. Man kan altså ikke aftale sig ud af lovens beskyttelse mod forskelsbehandling - hverken i en individuel ansættelseskontrakt eller i en kollektiv overenskomst. Virksomheders interne regler, f.eks. i personalehåndbøger, er også omfattet af bestemmelsen. En bestemmelse, der indebærer forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse, jf. lovens § 1, stk. 1, er derfor ugyldig.

Som det også fremgår af lovens § 5a, stk. 1, er bestemmelser i vedtægter m.v. for selvstændige erhverv og arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer også ugyldige, hvis de strider mod forbuddet mod forskelsbehandling.

Der er dog undtagelser til ovenstående hovedregel i lovens § 5a, stk. 1. Disse findes i forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 3-5, som omhandler de særlige aldersgrænser og er undtagelser fra hovedreglen om, at aftalebestemmelser, der strider mod forbuddet mod forskelsbehandling, er ugyldige. Aldersgrænserne skal dog være saglige og stå i rimeligt forhold til det formål, som aldersgrænsen skal tilgodese. Hvis aldersgrænsen i en kollektiv aftale eller overenskomst ikke er saglig og proportional, er aldersgrænsen ugyldig jf. hovedreglen i forskelsbehandlingsloven § 5a, stk. 1.

De særlige aldersgrænser gennemgås nedenfor i det afsnit, som omhandler forskelsbehandlingslovens beskyttede kriterium om alder (afsnit 4.2), hvorunder de særlige aldersgrænser gennemgås i afsnit 4.2.2.

4. Lovens beskyttede kriterier

Nedenfor følger en gennemgang af kriterier, der er beskyttet af forskelsbehandlingsloven og som en arbejdsgiver som udgangspunkt ikke kan fravige. Der er særlige omstændigheder, hvor arbejdsgiveren kan fravige udgangspunktet, men disse afhænger af, hvilket kriterium, der er tale om (f.eks. rimelighedsvurderingen i forhold til handicapbeskyttelsen, aldersgrænser i forhold til aldersbeskyttelsen osv.). Derudover er der naturligvis også hele sagligheds – og proportionalitetsvurderingen i forhold til indirekte forskelsbehandling. I forskelsbehandlingsloven er der desuden to lovbestemte undtagelsesbestemmelser (§ 6, stk. 2 og § 9, stk. 2), som gælder alle beskyttede kriterier i loven, men de gennemgås særskilt i afsnit 6.3 og 6.6.

4.1 Handicap

Beskæftigelsesdirektivet⁵ blev implementeret i forskelsbehandlingsloven i 2004⁶, og forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde blev dermed udvidet til også at omfatte et forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap og alder på arbejdsmarkedet. Før 2004 var det således ikke i strid med den daværende forskelsbehandlingslov fra 1996⁷ at diskriminere på grund af handicap eller alder. Alderskriteriet gennemgås i afsnit 4.2.

⁵ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

⁶ Lov nr. 253 af 7. april 2004

⁷ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

Da reglerne stammer fra EU-lovgivning, har de EU-retlige kilder og EU-Domstolens afgørelser en afgørende betydning for forståelsen og udviklingen af forbuddet mod forskelsbehandling, herunder handicapbegrebet og dets beskyttelsesområde.

Ud over forskelsbehandlingsloven findes der desuden lovgivning, hvori de handicappolitiske grundprincipper er indarbejdet. F.eks. er der bestemmelser i lov om kompensation til handicappede i erhverv m.v. og lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, som regulerer funktionsnedsatte personers erhvervsbeskæftigelsesmuligheder fremmes.

Derudover gælder der for offentlige myndigheder den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning om at væsentligt lige forhold skal behandles lige i retlig henseende. Det hænger sammen med kravet om, at forvaltningens skønsmæssige afgørelser alene må baseres på saglige hensyn.

4.1.1 Afgrænsning af handicapbegrebet

I modsætning til de andre beskyttelseskriterier, f.eks. alder, som er omfattet af forskelsbehandlingsloven, er handicap ikke et entydigt begreb. Handicapbegrebet er hverken defineret i beskæftigelsesdirektivet eller forskelsbehandlingsloven. Af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven fremgår det, at:

”Modsat alder er handicap ikke et entydigt begreb. I overensstemmelse med EU’s sædvanlige lovgivningspraksis defineres begrebet ikke i direktivet. Det er derfor i første omgang op til medlemsstaterne at definere begrebet i overensstemmelse med national praksis. I sidste ende er det op til EU-Domstolen at fastlægge den endelige fortolkning af direktivet.”⁸

Og at:

”Handicapbegrebet er særligt relevant i forhold til social- og markedslovgivningen, men nogen egentlig definition af begrebet findes ikke der.”

Samt, at der:

”I praksis opereres med en forståelse af begrebet, som kan formuleres på følgende vis: For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation...”⁹

En definition af handicapbegrebet fremgår altså hverken af dansk lovgivning eller EU-regler, hvorfor en nærmere afgrænsning af begrebet er overladt til EU-Domstolen og de nationale domstole.¹⁰

EU-Domstolen har i flere sager bidraget til fortolkningen af begrebet. I den forbindelse skal særligt tre sager fremhæves. EU-Domstolen har afsagt domme i de tre sager på baggrund af en række præjudicielle spørgsmål. Der er tale om den spanske Navas-sag¹¹ fra 2006, den engelske Coleman-sag¹² fra 2008 og de danske Ring og Werge-sager¹³ fra 2013.

⁸ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

⁹ Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

¹⁰ Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

¹¹ EU-Domstolens dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA

¹² EU-Domstolens dom af 17. juli 2008 i sag C-303/06, Sharon Coleman mod Attridge Law og Steve Law

¹³ EU-Domstolens domme af 11. april 2013 i sagerne C-335/11 og C-337/11, HK Danmark som mandatar for Jette Ring mod Dansk Almennyttigt Boligselskab og HK Danmark som mandatar for Lone Skouboe Werge mod Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for Pro Display A/S under konkurs

Navas-sagen (2006)

Kort om sagen: Sagen omhandlede afskedigelse af en kvinde (Sonja Chacón Navas), som var på lægeordineret sygeorlov uden raskmelding inden for kort tid. Det fremgår ikke af sagen, hvilken sygdom Navas led af, men hun blev afskediget uden nogen begrundelse under sit sygeorlov, som på tidspunktet for afskedigelsen var knap otte måneder. Da afskedigelsen ikke var ledsaget af en begrundelse, var afskedigelsen derfor alene begrundet i hendes sygdom.

Præjudicielt spørgsmål: EU-Domstolen skulle i sagen tage stilling til, hvorvidt en afskedigelse alene begrundet i sygdom var udtryk for diskrimination på grund af handicap.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen anførte, at sygdom og handicap er to adskilte begreber, og at man i beskæftigelsesdirektivet bevidst har valgt at benytte begrebet handicap, mens det ikke automatisk er tilfældet med førstnævnte. EU-Domstolen konkluderede derfor, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap ikke automatisk omfatter afskedigelse på grund af sygdom.

EU-Domstolen har i Navas-dommen fra 2006 udtalt, at handicapbegrebet skal forstås således, ”at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i arbejdslivet.”

Selvom EU-Domstolens afgørelse i Navas-sagen ikke fastlægger en endelig definition af handicapbegrebet fremgår det i præmisserne (43 og 45), at handicapbegrebet omfatter tre kumulative betingelser: Der skal være en *begrænsning*, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske *funktionsnedsættelser*, der hindrer, at den handicappede kan deltage i erhvervslivet, og det må være sandsynligt, at begrænsningen vil være af *lang varighed*.

Coleman-sagen (2008)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en kvinde (Sharon Coleman), der ikke selv havde funktionshindringer, men som havde en søn med handicap og mente, at hun havde været udsat for forskelsbehandling (chikane) fra sin arbejdsgiver på grund af sønnens handicap. Kvinden ydede selv hovedparten af den pleje, som hendes søn havde brug for på grund af hans handicap, og var følgelig til tider nødsaget til at gøre brug af fridage og senere mødetider. Kvinden gjorde gældende, at hun var blevet afskediget af denne grund, og således var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af handicap.

Præjudicielt spørgsmål: EU-Domstolen skulle tage stilling til rækkevidden af beskæftigelsesdirektivet, hvor forskelsbehandling på grund af handicap ikke sker direkte mod en person.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen kom frem til, at forbuddet mod direkte diskrimination ikke er begrænset til de personer, der selv lider af et handicap.

I Coleman-sagen fastslog EU-Domstolen i sin afgørelse, at den beskyttelse, som forbyder forskelsbehandling på grund af handicap, ikke kun er begrænset til selve personen med handicappet, men også omfatter forsørgeren af et barn med et handicap, som yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for – det såkaldte tilknytningshandicap, jf. mere herom i afsnit 4.1.4. Dommen i Coleman-sagen bidrager således til forståelsen af handicapbegrebet ved at fastslå, at beskæftigelsesdirektivet ikke er snævert afgrænset til en bestemt personkreds, men at det er selve forskelsbehandlingen på grund af handicap, der skal lægges vægt på. Det fremgår af afgørelsens præmis 5, at EU-Domstolen bl.a. lægger vægt på definitionen af ligebehandlingsprincippet, som fremgår af beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 1.

Ring og Werge-sagerne (2013)

Kort om sagerne: *Ring-sagen* omhandlede opsigelse af en ansat, som i flere perioder havde været fraværende på grund af sygdom, da hun led af lændesmerter, der ikke kunne behandles. Ring var over en periode på ca. fem måneder fraværende i flere perioder, og efterfølgende kunne hun ikke arbejde på fuld tid. Det var ikke muligt at opstille en prognose med hensyn til perspektivet for at vende tilbage på fuld tid, men Ring fik efter afskedigelsen deltidsarbejde hos en anden arbejdsgiver. *Werge-sagen* omhandlede opsigelse af en ansat, som havde fået piskesmæld som følge af en trafikulykke. Først var Werge syg i en måned. Derefter var hun rask, deltidssyg og endelig fuldtidssyg. Werge blev opsagt efter 120-dages reglen. I et afklaringsforløb efter opsigelsen blev det konkluderet, at hun kunne arbejde otte timer i langsomt tempo. Werge blev efterfølgende førtidspensionist.

Præjudicielle spørgsmål: Sø- og Handelsretten, hvor sagerne verserede, forelagde EU-Domstolen fire præjudicielle spørgsmål, hvoraf de to første spørgsmål (spørgsmål 1, litra a-c og spørgsmål 2) retter sig mod handicapbegrebet, det tredje mod omfanget af tilpasningsforpligtelsen (gennemgås i afsnit 4.1.3) og det sidste spørgsmål om 120-dages reglen (gennemgås i afsnit 4.1.2):

1a) Vil enhver person, som på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde i en periode, der opfylder kravet til længden af perioden som anført i præmis 45 i Navas-dommen, være omfattet af begrebet "handicap" i beskæftigelsesdirektivets forstand?

1b) og 1c) Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig/forbigående sygdom, være omfattet af begrebet handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand?

2) Skal en varig funktionsnedsættelse, som ikke afføder behov for særlige hjælpemidler eller lignende, og som alene eller i det væsentligste består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid?

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen valgte at behandle de to første spørgsmål (spørgsmål 1, litra a-c og 2), under én samlet behandling. Dommens svar fremgår af præmis 47:

"...begrebet »handicap« i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbeidstagere, og denne begrænsning er af lang varighed."

Dommen i Ring og Werge-sagerne inddrager FN's handicapkonvention som retsgrundlag i forståelsen af handicapbegrebet og fremhæver, at internationale aftaler har forrang for EU-retsakter, hvorfor beskæftigelsesdirektivet i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med de internationale aftaler. Dommen bygger videre på handicapbegrebet i Navas-dommen, således at sygdom og handicap ikke er synonymer, men at sygdom kan medføre en funktionsnedsættelse og dermed et handicap. Endvidere anføres, at det er underordnet, hvorledes handicappet er opstået.

I Ring og Werge fastslår EU-Domstolen i sin afgørelse (præmis 47) en række kriterier, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt der er tale om et handicap. Handicapbegrebet skal fortolkes således, at det omfatter:

- en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom,
- når sygdommen 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 arbeidstagere,
- og denne begrænsning er af lang varighed.

For så vidt angår kriterierne om at sygdommen skal være lægeligt diagnosticeret og medføre en funktionsbegrænsning, der er af lang varighed, henvises der til afsnittene 4.1.1.2 og 4.1.1.3, hvor disse gennemgås på baggrund af nyere domme fra dansk retspraksis. Særligt fremhæves to nyere domme fra Højesteret, som fastslår, at det ikke er en betingelse for, at der foreligger et handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret.

EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge har efterfølgende sat sit præg på dansk retspraksis, og har endvidere på flere punkter gjort op med dansk retspraksis omkring forståelsen af handicapbegrebet. Dette ses bl.a. i Højesterets første dom i en handicapsag afsagt den 13. juni 2013¹⁴.

¹⁴ U.2013.2575H

Højesterets dom af 13. juni 2013, sag 250/2011 (ADHD-sagen)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en advokatsekretær, som blev bortvist efter fire dages ansættelse, da arbejdsgiveren mente, at hun havde undladt at informere om, at hun led af ADHD, at hendes særlige behov ville lægge en for stor byrde på kollegaerne samt at kontorets klienter krævede stor spontanitet, fleksibilitet og tolerance.

Højesterets afgørelse: Først afgjorde Sø- og Handelsretten, at arbejdsgiveren ved bortvisningen havde forskelsbehandlet direkte i strid med forskelsbehandlingsloven. Henset til den ganske korte anciennitet blev advokatsekretæren tilkendt en godtgørelse svarende til fire måneders løn, hvorfor dommen blev anket til Højesteret, som også afgjorde, at advokatsekretæren var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, men til forskel fra Sø- og Handelsretten baserede Højesteret i høj grad sin begrundelse og resultat på EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge.

I dommen gør Højesteret direkte brug af EU-Domstolens fortolkningsprincipper og inddrager de passager fra Ring og Werge, præmisserne 36-47, som vedrører definitionen af handicap. Dommen fra Højesteret er principiel og retningsgivende i forhold til en fortolkning af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Dermed anerkendte Højesteret en bred forståelse af handicapbegrebet og slog fast, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven må fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge.

Den 31. januar 2014 blev Ring og Werge-sagerne afgjort ved Sø- og Handelsretten¹⁵, hvorefter den ene (Werge-sagen) blev anket til Højesteret. Højesteret afsagde herefter dom i Werge-sagen den 23. juni 2015¹⁶, og ligesom i ovenstående dom i ADHD-sagen henviste Højesteret til EU-Domstolens fastslåede kriterier som definitionen på handicapbegrebet.

Højesterets dom af 23. juni 2015, sag 25/2014 (Werge-sagen)

Kort om sagen: Sagen omhandlede opsigelse af en ansat, som havde fået piskesmæld som følge af en trafikulykke. Først var Werge syg i en måned. Derefter var hun rask, deltidssyg og endelig fuldtidssyg. Werge blev opsagt efter 120-dages reglen. I et afklaringsforløb efter opsigelsen blev det konkluderet, at hun kunne arbejde otte timer i langsomt tempo. Werge blev efterfølgende førtidspensionist.

Højesterets afgørelse: Højesteret fandt, at medarbejderens piskesmældsskade var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. På baggrund af lægelige oplysninger fastslog Højesteret, at der på opsigelsestidspunktet forelå en sådan prognose for sygdommen, at der var grundlag for at konstatere, at medarbejderens funktionsbegrænsning var af lang varighed. Det var i den sammenhæng uden betydning, om arbejdsgiver vidste eller burde vide, at sygdommen havde medført et handicap. Herefter skulle Højesteret vurdere, om arbejdsgiver havde opfyldt sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at fastholde medarbejderen i ansættelsen. Højesteret udtaler overordnet, at det er en forudsætning for, at arbejdsgiver kan anses for at have tilsidesat denne forpligtelse, at arbejdsgiver "ved eller bør vide", at medarbejderen er handicappet. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at arbejdsgiver på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at medarbejderens sygdom havde udviklet sig til et handicap, og dermed havde arbejdsgiveren ikke tilsidesat forpligtelsen til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger. Endelig fandt Højesteret, at sygefravær relateret til handicap kan medregnes i opgørelsen af de 120 dages sygefravær, da arbejdsgiver ikke havde tilsidesat sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, og opsigelsen med forkortet varsel var derfor berettiget.

En anden (dansk) sag, som også er relevant at nævne i den sammenhæng, er den såkaldte Kaltoft-sag¹⁷, hvori EU-Domstolen bl.a. skulle tage stilling til, om en specifik helbredstilstand, fedme, var omfattet af beskyttelsen mod forskelsbehandling i beskæftigelsesdirektivet.

¹⁵ U.2014.1223SH

¹⁶ U.2015.3301H

¹⁷ EU-Domstolens dom af 18. december 2014 i sag C-354/13, Fag og Arbejde (FOA), på vegne af Karsten Kaltoft, mod Kommuner-nes Landsforening (KL), på vegne af Billund Kommune

Kaltoft-sagen (2014)

Kort om sagen: "Kaltoft-sagen", som blev anlagt FOA mod Billund Kommune, vedrører en overvægtig dagplejer, som mener at være blevet udsat for ulovlig forskelsbehandling på grund af fedme. Sagsøger (Kaltoft) blev afskediget fra sin ansættelse som dagplejer i Billund Kommune i november 2010. På vegne af sagsøger gjorde FOA gældende, at han ved opsigelsen blev ulovligt diskrimineret på grund af sin fedme. Sagsøger havde været ansat i ca. 15 år og i alle årene mindst vejjet 160 kilo med en højde på 172 cm, hvilket svarede til en BMI på ca. 54.

Præjudicielt spørgsmål: Sagen blev behandlet ved Kolding Byret, som stillede fire præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt fedme kan falde ind under begrebet handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen kom frem til, at beskæftigelsesdirektivet skal fortolkes således, at fedme ikke generelt kan betragtes som et handicap. Derimod kan fedme udgøre et handicap, når tilstanden indebærer en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbeidstagere. Det er herefter op til national ret at efterprøve om betingelserne er opfyldt.

EU-Domstolen har i præmis 58 og 59 herom bl.a. udtalt:

"Det bemærkes, at fedme ikke i sig selv udgør et »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78, idet fedme efter sin art ikke nødvendigvis medfører, at der foreligger en begrænsning som den, der er omhandlet i denne doms præmis 53. Hvis den berørte arbeidstagers fedme derimod under givne omstændigheder medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbeidstagere, og hvis denne begrænsning er af lang varighed, kan en sådan tilstand henhøre under begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 (jf. i denne retning dom HK Danmark, EU:C:2013:222, præmis 41)."

EU-Domstolens dom i Kaltoft-sagen gentog således kriterierne, som blev fastslået i EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge og udtalelsen i præmis 40 om, at måden, hvorpå handicappet er opstået, er uden betydning for, om en person skal anses som værende handicappet. EU-dommen i Kaltoft-sagen viser, at fedme ikke i sig selv er et beskyttet kriterium efter beskæftigelsesdirektivet og forskelsbehandlingsloven. Medfører medarbejderens fedme imidlertid en begrænsning i forhold til fuldt og effektivt at kunne deltage i arbejdslivet med andre arbeidstagere, og hvis denne tilstand er af længere varighed, kan det udgøre et handicap.

Efterfølgende afsagde byretten dom i Kaltoft-sagen¹⁸. Byretten fandt, at medarbejderen under hele sin ansættelsestid havde været fed, men havde ikke haft brug for tilpasninger af arbejdspladsen. Byretten fandt det ikke godtgjort, at han var handicappet i den forstand som EU-Domstolen nævnte. Det bemærkes, at dommen er anket til landsretten.

På trods af byrettens afgørelse i Kaltoft-sagen kan det ikke udelukkes, at fedme under andre omstændigheder kan udgøre et handicap, da det som udgangspunkt altid beror på en konkret vurdering.

En nyere afgørelse, som også omhandler handicapbegrebet, er EU-Domstolens afgørelse i en spansk sag, den såkaldte Daouidi-sag¹⁹, som bl.a. tager stilling til, hvornår en funktionsbegrænsning er af lang varighed, jf. nærmere herom i afsnit 4.1.1.3.

¹⁸ Retten i Kolding den 31. marts 2016

¹⁹ EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i sag C-395/15, Mohamed Daouidi mod Bootes Plus

Daouidi-sagen (2015)

Kort om sagen: Mohamed Daouidi blev ansat den 17. april 2014 af Bootes Plus med henblik på at arbejde som køkkenassistent i en af restauranterne på et hotel i Barcelona. Den 3. oktober 2014 gled Daouidi på gulvet i køkkenet i den restaurant, hvor han arbejdede, hvilket resulterede i, at hans venstre albue gik af led og måtte lægges i gips. To uger efter denne arbejdsulykke henvendte køkkenchefen sig til Daouidi for at spørge til hans helbred og til sygefraværets forventede varighed. Daouidi svarede, at han ikke ville kunne vende tilbage foreløbig. Den 26. november 2014, hvor Daouidi stadig var midlertidigt uarbejdsdygtig, modtog han et brev fra Bootes Plus om disciplinær afskedigelse med følgende indhold: "Vi beklager at måtte meddele Dem, at vi har besluttet at afslutte Deres ansættelsesforhold med virksomheden. Afskedigelsen har virkning fra dags dato. Baggrunden for denne beslutning er, at De hverken har levet op til virksomhedens forventninger eller har leveret en indsats, som virksomheden finder passende eller egnet i forhold til udførelsen af arbejdet i Deres stilling. Disse omstændigheder kan føre til afskedigelse i henhold til [lov om arbejdstagers rettigheder]."

På den baggrund anlagde Daouidi sag an ved den nationale ret og gjorde bl.a. gældende, at afskedigelsen var diskriminerende, fordi den virkelige årsag til afskedigelsen var den midlertidige uarbejdsdygtighed som følge af hans arbejdsulykke, og navnlig fordi den således var omfattet af begrebet "handicap" som omhandlet i beskæftigelsesdirektivet og som følge af EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge-sagerne.

Præjudicielt spørgsmål: Den nationale ret stillede herefter en række præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, hvoraf det femte spørgsmål omhandlede beskæftigelsesdirektivet. Spørgsmålet var om beskæftigelsesdirektivet skal fortolkes således, at den omstændighed, at en person som omhandlet i national ret er midlertidigt uarbejdsdygtig som omhandlet i national ret som følge af en arbejdsulykke, i sig selv medfører, at begrænsningen i denne persons arbejdsevne kan kvalificeres som "langvarig" som omhandlet i definitionen af "handicap" i direktivet.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen kom frem til, at beskæftigelsesdirektivet skal fortolkes således, at

- Den omstændighed, at den berørte person på ubestemt tid er midlertidigt uarbejdsdygtig som omhandlet i national ret som følge af en arbejdsulykke, betyder ikke i sig selv, at begrænsningen i denne persons arbejdsevne kan kvalificeres som "langvarig" som omhandlet i definitionen af "handicap" i dette direktiv.
- Blandt de indicier, der kan udgøre holdepunkter for at fastslå, at en sådan begrænsning er "langvarig", er bl.a. den omstændighed, at den berørte persons manglende arbejdsevne på tidspunktet for den angivelige forskelsbehandling ikke har udsigt til på kort sigt at ophøre inden for et velafgrænset tidsrum, eller den omstændighed, at denne manglende arbejdsevne kan vare ved i betydeligt længere tid, inden den nævnte person er blevet rehabiliteret.
- Inden for rammerne af undersøgelsen af denne "langvarige" karakter skal den forelæggende ret lægge samtlige de objektive beviseslementer, den råder over, til grund – navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den nævnte persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.

EU-Domstolens afgørelse i Daouidi-sagen bekræfter bl.a., at en ulykke (herunder en arbejdsulykke) kan medføre en begrænsning, der kan føre til et handicap omfattet af beskæftigelsesdirektivet, og at den prognose, der foreligger på opsigelsestidspunktet, skal tillægges afgørende betydning i vurderingen af, om der foreligger et handicap.

4.1.1.1 Sondring mellem handicap og sygdom

Ring og Werge-sagerne rejste spørgsmålet om, hvor grænsen går mellem handicap og sygdom. Problemstillingen er relevant, da sygdom ikke er et beskyttet kriterium efter forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet.

EU-Domstolens afgørelse i den spanske Navas-sag fra 2006 anførte, at sygdom og handicap er to adskilte begreber. Navas-dommen så hermed bort fra en mulig årsagsforbindelse mellem sygdom og handicap, selv om den nationale (spanske) domstol indikerede, at sygdom kan resultere i handicap.

EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge byggede videre på forståelsen af handicapbegrebet i Navas, således at sygdom og handicap ikke er synonyme, men i modsætning til Navas reviderede EU-Domstolen sin opfattelse og fastslog, at sygdom kan medføre en funktionsnedsættelse og dermed resultere i handicap.

Modsat Navas lægger dommen i Ring og Werge vægt på en mulig årsagsforbindelse mellem sygdom og handicap, og udelukker således ikke handicap, der er forårsaget af en sygdom. Dommen fremhæver, at beskæftigelsesdirektivet ikke kun omfatter handicap, der er medfødt eller skyldes ulykker.

Med afgørelsen i Ring og Werge konkluderede EU-Domstolen, at handicapbegrebet ikke er begrænset til personer med permanente funktionsnedsættelser, men også kan omfatte langvarig sygdom. Herved blev det konstateret, at også en helbredelig sygdom kan udgøre et handicap.

Som anført under afsnit 4.1.1 fastslog Højesteret efterfølgende i Werge-sagen, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven skal fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet og i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge-sagerne. Grænsen mellem handicap og sygdom blev også rejst i Kaltoft-sagen, som ligeledes er omtalt ovenfor i afsnit 4.1.1.

Det bemærkes, at det ikke er muligt at opstille en udtømmende liste over, hvilke sygdomme der er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet. Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering heraf. I afsnit 4.1.1.5 oplistes – ud fra nyere retspraksis – en række eksempler på sygdomme og lidelser, der er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb.

De næste to afsnit omhandler to kriterier, som ifølge EU-dommen i Ring og Werge, jf. ovenfor i afsnit 4.1.1, skal indgå i vurderingen af, hvorvidt der er tale om et handicap; der skal være tale om en sygdom, som er *lægeligt diagnosticeret* og en sygdom som medfører en *langvarig* funktionsbegrænsning. Da de to kriterier har været særligt omtalt i en række efterfølgende danske domme, gennemgås de nedenfor.

4.1.1.2 ”Lægeligt diagnosticeret sygdom”

I to nyere domme afsagt den 22. november 2017²⁰, som har flere fællesnævne, har Højesteret taget stilling til, om medarbejderne var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med opsigelserne, og herunder særligt om, hvorvidt sygdommen skal være lægeligt diagnosticeret, og hvor meget, der kræves i relation til vurderingen af om sygdommen er ”langvarig” (gennemgås i afsnit 4.1.1.3). De to domme gennemgås nedenfor.

Højesterets dom af 22. november 2017, sag 305/2016 (hjerneoperation)

Kort om sagen: En medarbejder, der var ansat i en bank blev opsagt 11 måneder efter, at hun havde gennemgået en hjerneoperation. Medarbejderen blev opereret i september 2012, og var herefter fuldtidssygemeldt til slutningen af november 2012, hvorefter medarbejderen blev deltidssygemeldt. Fra juni 2013 arbejdede medarbejderen ca. 18 timer om ugen, og i august 2012 blev medarbejderen opsagt med henvisning til hendes sygefravær. Ifølge de lægelige oplysninger havde medarbejderen siden operationen lidt af en diagnosticeret invaliderende træthed, der indebar, at hun alene ville være i stand til at arbejde mellem 12 og 18 timer om ugen, og at sygdommen i bedste fald var stationær og i værste fald progressiv. Det blev ligeledes vurderet, at det ikke var realistisk, at medarbejderen ville kunne genoptage et fuldtidsarbejde indenfor det første år. Fra februar 2013 blev der hver 14. dag holdt opfølgingsmøder med medarbejderen vedrørende udviklingen i hendes arbejdstid. Medarbejderen havde ligeledes gjort arbejdsgiveren opmærksom på et notat fra Hjerneskadecentret, hvori eftervirkninger, såsom invaliderende træthed, efter en hjerneoperation var beskrevet. Arbejdsgiveren havde afvist medarbejdernes forslag om fleksjob og havde ikke tilbudt medarbejderen en deltidssansættelse med et antal arbejdstimer, som var realistisk for medarbejderen at opfylde.

Højesterets afgørelse: Spørgsmålet i sagen var, om medarbejderen var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med arbejdsgiverens opsigelse af hende. Højesteret vurderede, at medarbejderens tilstand var et handicap, og at arbejdsgiveren ikke havde truffet hensigtsmæssige foranstaltninger for at give medarbejderen adgang til fortsat beskæftigelse. Opsigelsen af medarbejderen indebar derfor forskelsbehandling på grund af handicap i strid med forskelsbehandlingsloven. Landsretten var nået til samme resultat. Henset til medarbejderens anciennitet på 18 år og krænkelsens grovhed tiltrådte Højesteret, at godtgørelsen blev fastsat til 12 måneders løn.

²⁰ U.2018.830H og U.2018.853H

Højesterets dom af 22. november 2017, sag 300/2016 (knæoperation)

Kort om sagen: en medarbejder, der var ansat som systemudvikler blev opsagt den 25. november 2009. Medarbejderen var kommet til skade med sit knæ den 18. maj 2009, og den 23. juni 2009 blev der gennemført en kikkertundersøgelse af medarbejderens knæ under spiralblokade. Medarbejderen var efter operationen præget af svimmelhed, hovedpine og koncentrationsbesvær og blev som følge heraf sygemeldt. I september 2009 genoptog medarbejderen arbejdet delvist med tre timer dagligt. I november 2009, hvor medarbejderen havde forøget sit arbejde til fire timer dagligt, blev hun opsagt. Opsigelsen skete med henvisning til, at medarbejderen havde udvist en uacceptabel adfærd under afholdelse af en udviklingsamtale, og at et fortsat samarbejde således var udelukket. På tidspunktet for opsigelsen havde medarbejderen fået udstedt syv lægeerklæringer. Ingen af disse var der givet nogen diagnose for medarbejderens svimmelhed, hovedpine og koncentrationsbesvær.

Højesterets afgørelse: Spørgsmålet i sagen var, om medarbejderen var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med arbejdsgiverens opsigelse af hende. Højesteret udtalte, at det er uden betydning, om arbejdstageren er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, hvis det efter bevisførelsen må lægges til grund, at opsigelsen af den pågældende udelukkende var begrundet i forhold, som intet havde med handicapet og heraf følgende sygefravær eller andre begrænsninger for den pågældende at gøre. Efter bevisførelsen vurderede Højesteret, at opsigelsen af medarbejderen ikke skyldtes hendes sygdom eller sygefravær, hvorfor medarbejderen ikke havde været udsat for forskelsbehandling på grund af handicap. Hun havde derfor ikke krav på godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven. Landsretten var nået til samme resultat.

I begge ovenstående domme anførte Højesteret, at det efter EU-Domstolens praksis ikke er en betingelse for, at der ligger et handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret, og at det må bero på samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicapet i direktivets og dermed forskelsbehandlingslovens forstand.

De to ovenstående højesteretsafgørelser viser således, at det ikke er en betingelse for, at der foreligger et handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en lægeligt diagnosticeret sygdom. Højesteret henviser i sin begrundelse til EU-praksis, herunder Daouidi-sagen²¹ som beskrevet ovenfor i afsnit 4.1.1, på området. Funktionsbegrænsningen skal således bedømmes ud fra samtlige foreliggende omstændigheder, og det er derfor ligegyldigt, om f.eks. træthed måtte være en sygdom eller en følgevirkning, hvis tilstanden indebærer en langvarig funktionsbegrænsning, jf. afsnittet nedenfor.

4.1.1.3 ”Langvarig funktionsbegrænsning”

Som følge af EU-praksis, herunder særligt afgørelsen i Ring og Werge, jf. ovenfor, er det fastslået, at et handicap foreligger, når 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 funktionsbegrænsning er langvarig.

Det betyder, at det er en forudsætning for, at der er tale om et handicap, at sygdommen medfører en funktionsbegrænsning, og at denne er af *lang varighed*. I Ring og Werge tog EU-Domstolen ikke stilling til den tidsmæssige ramme for, hvornår der er tale om en begrænsning af lang varighed, hvorfor det er op til de danske domstole konkret at foretage denne vurdering.

De danske domstole har i en række sager foretaget en sådan vurdering, herunder ved Højesterets afgørelse i Werge-sagen²² og byretsafgørelsen i Kaltoft-sagen²³. Begge afgørelser viser, at det er en konkret vurdering, om der er tale om en begrænsning af lang varighed. Der er ikke på baggrund af retspraksis grundlag for at give en minimumsperiode for, hvor lang en periode der skal være tale om før, da det som nævnt er en konkret vurdering.

I Højesterets afgørelse af 22. november 2017, om hjerneoperationen, som gennemgået ovenfor, forholdte Højesteret sig også til, om funktionsbegrænsningen må anses for langvarig. Med henvisning til EU-

²¹ EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i sag C-395/15, Mohamed Daouidi mod Bootes Plus

²² Højesterets dom af 23. juni 2015, sag 25/2014, U.2015.3301H

²³ Retten i Kolding den 31. marts 2016

Domstolens praksis, herunder Daouidi-sagen²⁴ som beskrevet ovenfor i afsnit 4.1.1, anførte Højesteret, at beskæftigelsesdirektivet ikke definerer, hvornår en funktionsbegrænsning må anses for ”langvarig”, og at bedømmelsen heraf frem for alt er faktisk og dermed overladt til de nationale domstole. De nationale domstole skal ved bedømmelsen af, om funktionsbegrænsningen er langvarig, lægge ”samtlige ... objektive beviselementer” til grund, herunder navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.

Endvidere anførte Højesteret, at det er medarbejderen, som har bevisbyrden for, at denne, på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling, var handicappet, herunder at funktionsbegrænsningen er af langvarig karakter.

Østre Landsrets dom af 6. december 2016 giver endvidere udtryk for, at følgesygdomme, der udspringer af *samme* lidelse, her diabetes, ikke uden videre kan betragtes under ét som en begrænsning af lang varighed. Karakteren og forskelligheden af sådanne følgesygdomme og mellemkommende perioder med fuld arbejdsdygtighed kan betyde, at forløbet må anskues som forskellige sygeperioder. Når sygeperioden har varet i ca. fire måneder afhænger det af en prognose for, hvornår der kan foreligge raskmelding, om begrænsningen er af lang varighed. Yderligere tre måneders sygefravær indebar i den konkrete sag ikke, at der forelå en begrænsning af lang varighed og dermed et handicap.

Østre Landsrets dom af 6. december 2016 (diabetes og følgesygdom)

Kort om sagen: En rengøringsassistent, der var ansat på et sygehus, blev i januar 2014 afskediget på grund af sygdom efter 17 års ansættelse. Medarbejderen havde i 1997/1998 fået konstateret diabetes 2, og på grund af følgesygdomme havde hun en række sygemeldinger i perioden 2010-2014. Hun havde således været sygemeldt fra august 2010 til januar 2011 på grund af et sår under en tå, fra juli 2011 til august 2011 på grund af opbrud i såret med efterfølgende betændelsestilstand, fra november 2012 til januar 2013 på grund af dysreguleret diabetes og blodforgiftning i urinvejene. Op til opsigelsen havde hun været sygemeldt i ca. fire måneder på grund af charcotfod, og den lægelige prognose for raskmelding var da tre måneder. Medarbejderen anlagde sag mod sygehuset og gjorde gældende, at opsigelsen i realiteten var sket på grund af handicap og derfor i strid med forskelsbehandlingsloven.

Landsrettens afgørelse: Landsretten udtalte, ligesom byretten, at diabetes ikke i sig selv udgør et handicap. Landsretten fandt, at rengøringsassistentens forskellige sygeperioder, der var relateret til diabetes, på grund af karakteren og forskelligheden heraf, ikke kunne anses for at være et samlet sygdomsforløb. Landsretten lagde i den forbindelse også vægt på længden af henholdsvis sygeperioderne og de perioder, hvor rengøringsassistenten var på arbejde. Landsretten tiltrådte byrettens begrundelse for, at der ikke var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, idet prognosen på opsigelsestidspunktet var, at rengøringsassistenten ville kunne raskmeldes inden for tre måneder.

4.1.1.4 Arbejdsgiverens viden eller burde viden

Retspraksis viser, at det er uden betydning for bedømmelsen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren ved eller bør vide, at en medarbejders sygdom har udviklet sig til et handicap. Dette fremgår bl.a. af Højesterets afgørelse i Werge-sagen²⁵. Derimod har Højesteret i samme sag i forhold til tilpasningsforpligtelsen udtalt, at det er en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat forpligtelsen, at arbejdsgiveren ved eller bør vide, at medarbejderen har et handicap.

²⁴ EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i sag C-395/15, Mohamed Daouidi mod Bootes Plus

²⁵ U.2015.3301H

Højesterets dom af 23. juni 2015, sag 25/2014 (Werge-sagen)

Kort om sagen: Sagen omhandlede opsigelse af en ansat, som havde fået piskesmæld som følge af en trafikulykke. Først var Werge syg i en måned. Derefter var hun rask, deltidssyg og endelig fuldtidssyg. Werge blev opsagt efter 120-dages reglen. I et afklaringsforløb efter opsigelsen blev det konkluderet, at hun kunne arbejde otte timer i langsomt tempo. Werge blev efterfølgende førtidspensionist.

Højesterets afgørelse: Højesteret fandt, at medarbejderens piskesmældsskade var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. På baggrund af lægelige oplysninger fastslog Højesteret, at der på opsigelsestidspunktet forelå en sådan prognose for sygdommen, at der var grundlag for at konstatere, at medarbejderens funktionsbegrænsning var af lang varighed. Det var i den sammenhæng uden betydning, om arbejdsgiver vidste eller burde vide, at sygdommen havde medført et handicap. Herefter skulle Højesteret vurdere, om arbejdsgiver havde opfyldt sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at fastholde medarbejderen i ansættelsen. Højesteret udtaler overordnet, at det er en forudsætning for, at arbejdsgiver kan anses for at have tilsidesat denne forpligtelse, at arbejdsgiver ”ved eller bør vide”, at medarbejderen er handicappet. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at arbejdsgiver på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at medarbejderens sygdom havde udviklet sig til et handicap, og dermed havde arbejdsgiveren ikke tilsidesat forpligtelsen til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger. Endelig fandt Højesteret, at sygefravær relateret til handicap kan medregnes i opgørelsen af de 120 dages sygefravær, da arbejdsgiver ikke havde tilsidesat sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, og opsigelsen med forkortet varsel var derfor berettiget.

Det fremgår ligeledes af Højesterets dom i den såkaldte Skibby Supermarked-sag²⁶, at det er en forudsætning for arbejdsgivers forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, at arbejdsgiveren ved eller bør vide, at medarbejderen er handicappet. I den konkrete sag var arbejdsgiveren orienteret om afdelingslederens lidelse og var herudover også bekendt med begrænsningen i hendes funktionsevne. Det blev således lagt til grund, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen led af en sygdom, der indebar et handicap, som var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Arbejdsgiveren var derfor forpligtet til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger. Sagen omtales også i afsnit 4.1.2 om 120-dages reglen.

Højesterets dom af 11. august 2015, sag 104/2014 (Skibby Supermarked-sagen)

Kort om sagen: En medarbejder fik konstateret leddegigt i sommeren 2008 efter 14 års ansættelse som butiksassistent og afdelingsleder i et supermarked. I juni 2009 blev afdelingslederen deltidssygemeldt, og i løbet af sensommeren 2009 blev hun fuldtidssygemeldt. I december 2009 blev afdelingslederen opsagt med én måneds varsel under henvisning til 120 dages-reglen i funktionærloven.

Højesterets afgørelse: Højesteret fastslog, at medarbejderen var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, således som defineret i EU-Domstolens Ring og Werge-sager. Højesteret lagde samtidig til grund, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen led af en sygdom, der indebar et handicap. Arbejdsgiveren havde derfor haft pligt til at undersøge og afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger for at afhjælpe medarbejderens handicap, med mindre arbejdsgiveren derved blev pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Højesteret foretog en konkret vurdering af, hvilke tiltag der var relevante og nødvendige. På den baggrund konkluderede Højesteret, at medarbejderen kunne have været omplaceret til andet arbejde. Derfor var tilpasningsforpligtelsen ikke iagttaget. Og derfor kunne 120-dages reglen ikke anvendes ved afskedigelsen af medarbejderen.

Arbejdsgiverens viden spiller således en stor rolle, når det skal vurderes, hvorvidt arbejdsgiveren har pligt til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger. Retspraksis viser, at domstolene foretager en meget indgående vurdering af de faktiske omstændigheder og lægger særligt vægt på:

- Lægelige oplysninger, der er fremsendt til arbejdsgiver
- Oplysninger modtaget i forbindelse med dialog med kommunen/jobcenter
- Oplysninger fra medarbejderen selv i forbindelse med korrespondance, møder m.v.
- Sagens omstændigheder i øvrigt

I Werge-sagen fandt Højesteret konkret, at medarbejderen var handicappet, men at hun ikke havde givet tilstrækkelige oplysninger om sin helbredstilstand til, at arbejdsgiveren kunne vide, eller burde vide, at hun var handicappet. Arbejdsgiveren havde således ikke en tilpasningsforpligtelse, da arbejdsgiveren ikke kunne vide, at det var nødvendigt at undersøge mulige tilpasningsforanstaltninger. Det modsatte var tilfældet i Skibby Supermarked-sagen, hvor Højesteret fandt, at medarbejderen var handicappet, og at arbejdsgiveren

²⁶ U.2015.3827H

havde tilstrækkelig viden om hendes tilstand til at vide, eller burde vide, at hun var handicappet. Arbejdsgiveren havde således en pligt til at undersøge, hvilke hensynsmæssige tilpasningsforanstaltninger han kunne tilbyde medarbejderen. Arbejdsgiverens pligt til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger gennemgås i afsnit 4.1.3.

4.1.1.5 Eksempler fra retspraksis

Det er ikke muligt at lave en udtømmende opstilling over sygdomme og lidelser, der kan være omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, men følgende nyere afgørelser kan fremhæves:

Højesterets dom af 13. april 2016, sag 98/2015, U.2016.2463H (refleksdystrofi)

En kvindelig byplanlægger ansat i en kommune havde som følge af sygdom, som skyldtes en trafikulykke i arbejdstiden i maj 2009, pådraget sig en funktionsbegrænsning (refleksdystrofi), der medførte at hun var nødt til at arbejde på nedsat tid. Hun blev deltidssygemeldt i august eller september 2009 og var deltidssygemeldt frem til at hun blev opsagt i november 2010, da kommunen ikke ville ændre hendes stilling til en deltidstil-ling med en arbejdstid på 20 timer om ugen. Højesteret fandt på baggrund af lægelige oplysninger, at der ikke var udsigt til, at hun inden længe ville være i stand til at arbejde på fuld tid. Personens funktionsbe-grænsning fremstod således på opsigelsestidspunktet som værende af lang varighed, og hun var således om-fattet af handicapbegrebet. Sagen er også omtalt nedenfor i afsnit 4.1.3.3.2.

Højesterets dom af 11. august 2015, sag 104/2014, U.2015.3827H (leddegigt)

Sagen vedrørte en medarbejder med leddegigt, som medførte væsentlige funktionsbegrænsninger. Højesteret fandt, at der var tale om langvarig væsentlig funktionsbegrænsning, og dermed at medarbejderens leddegigt i den konkrete situation var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Personen blev herefter bl.a. til-kendt en godtgørelse på ni måneders løn efter forskelsbehandlingsloven. Sagen er også omtalt ovenfor som ”Skiibby Supermarked-sagen”.

Sø- og Handelsrettens dom af 22. december 2014, U.2015.1053SH (farveblindhed)

I denne sag fandt retten, at medarbejderens farveblindhed i den konkrete situation udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, idet farveblindhed udgjorde en barriere for erhvervsudøvelsen, hvormed medarbejderen var begrænset i at udføre sit arbejde som skibsassistent. Arbejdsgiveren blev dog frifundet, da retten fandt, at det ville indebære en uforholdsmæssig stor byrde at pålægge arbejdsgiveren at træffe foran-staltninger, der kunne afhjælpe medarbejderens handicap. Den eneste afhjælpningsmulighed ville være at ansætte en ekstra medarbejder til at udføre medarbejderens arbejdsopgaver, og der ikke var andre jobfunktio-ner, hvor medarbejderens kvalifikationer kunne udnyttes fuldt ud.

Vestre Landsrets dom af 16. december 2013, U.2014.990V (rygproblemer)

Sagen vedrørte en medarbejder med rygsmerter som følge af et færdselsuheld. Medarbejderens forklaring sammenholdt med oplysninger om sygedage og de lægelige oplysninger blev anset for at være omfattet af handicapbegrebet efter forskelsbehandlingsloven. Landsretten fandt, at medarbejderen på det tidspunkt, hvor hun blev opsagt, havde et handicap således som dette begreb skal forstås i forskelsbehandlingsloven. Perso-nen, der havde en ansættelsesanciennitet på seks år og 11 måneder blev herefter tilkendt en godtgørelse på ca. ni måneders løn efter forskelsbehandlingsloven. I sin afgørelsen henviste retten både til ovenstående hø-jesteretsdom om ADHD og EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge.

4.1.2 Anvendelse af 120-dages reglen

120-dages reglen betyder, at en arbejdsgiver hvis det er aftalt, har ret til at opsig en funktionær med forkor-tet varsel, hvis medarbejderen i en periode på 12 måneder har været sygemeldt i mere end 120 dage. I for-hold til forskelsbehandlingslovens handicapbeskyttelse har der hersket tvivl om, hvorvidt en arbejdsgiver kan anvende 120-dages reglen i funktionærlovens 5, stk. 2, i relation til en medarbejder med handicap.

I Ring og Werge tog EU-Domstolen stilling til, om beskæftigelsesdirektivet er til hinder for en national lovbestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver har ret til at opsiges en medarbejder med forkortet varsel, når medarbejderen har oppebåret løn under sygdom i, i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder.

I EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge fremgår det af præmis 92:

”... at direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver kan opsiges en handicappet arbejdstager med et forkortet varsel, hvis den pågældende har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder, når sygefraværet er en følge af arbejdstagerens handicap, medmindre denne bestemmelse forfølger et legitimt mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere.”

Videre udtalte EU-Domstolen i præmis 90, at det tilkommer:

”... den forelæggende ret at undersøge, om den danske lovgiver ved at forfølge de legitime mål om på den ene side at fremme ansættelse af syge personer og på den anden side at foretage en rimelig afvejning af arbejdsgivers og arbejdstagers modsatrettede interesser for så vidt angår sygefravær har undladt at tage hensyn til relevante forhold, som særligt vedrører handicappede arbejdstagere.”

I overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse vurderede Højesteret i sin afgørelse i Werge-sagen, hvorvidt funktionærlovens § 5, stk. 2, konkret forfølger et legitimt formål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål:

”Bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2, har til formål bl.a. at undgå, at en arbejdsgiver i tilfælde af en medarbejders sygdom skal føle sig tilskyndet til straks at opsiges denne, og det er en refleksvirkning af bestemmelsen, at det er lettere for en person med risiko for sygefravær at opnå ansættelse. Som fastslået af EU-Domstolen i præmis 77-88 er 120-dages-reglen objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige. Højesteret finder, at bestemmelsen set i lyset af ordningen i Danmark af arbejdsmarkedet og det sociale sikringssystem ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet, heller ikke i forhold til handicappede. Beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap er således ikke til hinder for anvendelse af 120-dages-reglen.

Herefter kan A's handicaprelaterede sygefravær medregnes ved opgørelse af de 120 sygedage, og da der er enighed om, at betingelserne for opsigelse efter 120-dages-reglen i øvrigt er opfyldt, har A herefter ikke krav på yderligere opsigelsesvarsel end det, hun har fået ved opsigelsen.”

Højesterets afgørelse viser, at 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, er i overensstemmelse med EU-retten, og at der ikke er noget til hinder for, at handicaprelateret sygdom medregnes i opgørelsen af de 120 dage. I de tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, vil en tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen indebære, at arbejdsgiveren er afskåret fra at opsiges den ansatte efter 120-dages reglen i funktionærloven. Er der derimod tale om, at arbejdsgiveren enten ikke har vidst eller burde vide, at medarbejderen led af et handicap, eller at arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, kan 120-dages reglen anvendes. Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse gennemgås nedenfor.

I Skibby Supermarked-sagen fastslog Højesterets dom²⁷ udtrykkeligt, at forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap går forud for funktionærlovens 120-dages regel. 120-dages reglen kan således ikke anvendes på en medarbejder med handicap, hvis arbejdsgiveren har kendskab til handicappet og medarbejderens sygefravær er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at foretage fornødne tilpasningsforanstaltninger. Dermed har det væsentlig betydning for anvendelsen af 120-dages reglen, om arbejdsgiveren kendte, eller burde kende til medarbejderens handicap, jf. ovenfor i afsnit 4.1.1.4, hvor Skibby Supermarked-sagen også omtales. Det er medarbejderen, som har bevisbyrden for dette.

Konklusionen på baggrund af praksis fra Højesteret er, at der kan ske opsigelse på grund af sygefravær relateret til et handicap, hvis arbejdsgiveren ikke har tilsidesat sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, jf. afsnittet nedenfor, og medarbejdere, der er fraværende på grund af handicap, ikke behandles ringere end medarbejdere, der er fraværende af andre grunde.

4.1.3 Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse

Hvis en ansøger eller en medarbejder anses for at være handicappet i lovens forstand, vil spørgsmålet om at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger, dvs. arbejdsgiverens særlige forpligtelse til at tilpasse den konkrete arbejdsplads til en ansøger/medarbejder med handicap, være relevant, jf. herom i afsnittet nedenfor.

Spørgsmålet om tilpasningsforpligtelsen afhænger dog af, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at der forelå et handicap (afsnit 4.1.1.4). Retspraksis viser, at arbejdsgiveren er forpligtet til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, hvis det kan fastslås, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at en medarbejder har et handicap i lovens forstand.

Desuden gælder det, at ansøgeren/medarbejderen med handicap skal være kompetent, egnet og disponibel. Dette gennemgås i afsnit 4.1.3.2. Hvis det fastslås, at ansøgeren/medarbejderen ikke vil være kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentlige funktioner i jobbet efter iværksættelsen af hensigtsmæssige foranstaltninger, vil arbejdsgiveren *ikke* have pligt til (fortsat) at beskæftige medarbejderen.

Graden af selve tilpasningsforpligtelsen og hvilke hensigtsmæssige foranstaltninger der kan komme på tale, vil afhænge af en række forhold, som gennemgås i afsnittet nedenfor.

For at afgøre, om en konkret foranstaltning skal tåles af arbejdsgiveren i en konkret situation, skal tilpasningsbehovet underlægges en rimelighedsvurdering, som gennemgås i afsnit 4.1.3.3.

Det bemærkes, at en arbejdsgiver ikke har pligt til at afhjælpe handicappet som sådan, men alene pligt til at afhjælpe de arbejdsmæssige konsekvenser af handicappet.

Det bemærkes endvidere, at forskelsbehandlingsloven ikke hindrer, at der iværksættes særlige foranstaltninger til fremme af beskæftigelsesmuligheder for personer med handicap (afsnit 6.7).

4.1.3.1 Hensigtsmæssige foranstaltninger

Som følge af beskæftigelsesdirektivets implementering i dansk lovgivning er beskæftigelsesdirektivets krav i artikel 5, om tilpasninger i rimeligt omfang til personer med handicap, opfyldt ved forskelsbehandlingslovens § 2a, hvormed:

”Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæfti-

²⁷ Beskrevet ovenfor i afsnit 4.1.1.4.

gelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lette denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

Efter bestemmelsen forpligtes arbejdsgiveren til at foretage tilpasninger for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse. Der er tale om en yderligere forpligtelse for arbejdsgiveren i forhold til arbejdsmiljøloven, jf. nærmere nedenfor, der allerede fastlægger, at der ved indretning af arbejdssteder i givet fald skal tages hensyn til personer med handicap.

Forskelsbehandlingslovens forarbejder kan bidrage til en forståelse af tilpasningsforpligtelsen. Det fremgår af forarbejderne til loven, at formålet med lovens § 2a, har været, at:

”... fastslå arbejdsgiverens forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, den pågældende person med handicap har, for at få adgang til arbejdsmarkedet, bibeholde en ansættelse og udvikle sig i sin stilling, således som det er tilfældet for andre kollegaer, der ikke er handicappede.”²⁸

Foranstaltningerne skal således være tilpasset medarbejderen med handicap, så de opfylder medarbejderens konkrete behov for at kunne fungere i stillingen på lige fod med de andre medarbejdere.

Tilpasningsforpligtelsen er en selvstændig lovhjemlet forpligtelse og gælder både i forhold til direkte og indirekte forskelsbehandling. I forbuddet mod indirekte forskelsbehandling er der i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, en henvisning til tilpasningsforpligtelsen i § 2a. I de tilfælde, hvor et kriterium eller en praksis kan vise sig at være indirekte forskelsbehandling af personer med handicap, som kan sagliggøres fordi det er objektivt begrundet i et sagligt formål, skal det stadig undersøges, om en passende tilpasningsforanstaltning, som er hensigtsmæssig og nødvendig, vil kunne give personen adgang til beskæftigelse.

Tilpasningsforpligtelsen gælder endvidere både ved etablering af et ansættelsesforhold, under det løbende ansættelsesforhold og i en afskedigelsessituation. Udvikler en medarbejder et handicap på et givent tidspunkt i ansættelsesforholdet, vil en manglende undersøgelse af eventuelle tilpasningsforanstaltninger være i strid med forpligtelsen i § 2a.

I forarbejderne inddrages desuden arbejdsmiljølovgivningen, herunder bekendtgørelsen om faste arbejdssteders indretning, som indeholder arbejdsgiverens almindelige arbejdsmiljøretlige forpligtelser og indebærer, at disse stadig skal iagttages på trods af forskelsbehandlingslovens tilpasningsforpligtelse:

“Arbejdsmiljøreglerne fastlægger allerede i dag, at der ved indretning af faste arbejdssteder i givet fald skal tages hensyn til personer med handicap. Tilpasningsforpligtelsen efter dette lovforslag indebærer således en yderligere forpligtelse for arbejdsgiveren.”²⁹

Forskelsbehandlingslovens § 2a, skal derfor ses i sammenhæng med arbejdsmiljøreglernes grundbetingelser for indretning af arbejdspladsen, som pålægger arbejdsgiveren en yderligere tilpasningsforpligtelse. Tilpasningsforpligtelsen skal dog ses i sammenhæng med en såkaldt ”rimelighedsvurdering”, hvor arbejdsgiveren

²⁸ Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

²⁹ Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

ikke bliver pålagt at tåle en tilpasningsforanstaltning såfremt den er en uforholdsmæssig stor byrde for den. Rimelighedsvurderingen gennemgås nedenfor i afsnit 4.1.3.3.

4.1.3.1.1 Eksempler på ”typiske” foranstaltninger

Når en ansøger/medarbejder er omfattet af personkredsen for handicapbeskyttelsen, er det for arbejdsgiveren relevant at vide, hvilke former for tilpasningsforanstaltninger denne er nødsaget til at tåle i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2a.

Formålet med enhver form for tilpasning er at personer med handicap får adgang til beskæftigelse ved enten at udøve eller avancere i den. Hvilken tilpasning, der er behov for, vurderes ud fra det konkrete handicap og arbejdsindhold, hvorfor det ikke er muligt at opstille en udtømmende liste. Det er dog muligt at opliste eksempler på typiske tilpasninger.

I beskæftigelsesdirektivets betragtning 20 er der nævnt eksempler på typiske former for tilpasning, der kan benyttes af arbejdsgiveren:

”Der bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmonstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion.”

Det fremgår af opstillingen, at foranstaltningerne ikke blot er af fysisk karakter, men at personen med handicap også skal have mulighed for afvekslende arbejdsmonstre og kompetenceudvikling. Derudover kræves det, at tilpasningsforanstaltningerne skal være passende, effektive og praktiske til det pågældende arbejde.

Som nævnt ovenfor indeholder arbejdsmiljølovgivningen regler i forhold til særlig indretning af arbejdspladser, som en arbejdsgiver skal tage hensyn til over for en medarbejder med handicap, f.eks. i forhold til adgangsveje, døre, porte, trapper og rummelig indretning af toiletter m.v. I forhold til f.eks. arbejdsmonstre – dvs. tilpasningsformer af ikke-fysisk karakter – er beskæftigelsesdirektivets betragtning 20 retningsgivende for, hvilke tilpasningsforanstaltninger der er kompenseret i forskelsbehandlingslovens forstand.

Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning

Dansk retspraksis har anerkendt andre tilpasningsforanstaltninger, der eksempelvis består i ændrede arbejdsopgaver, arbejdstidsmonstre i form af dagvagter frem for nattevagter, eller bevilling af personlig assistent. I forhold til om nedsat arbejdstid kan være en mulig tilpasningsforpligtelse i beskæftigelsesdirektivets artikel 5, svarende til forskelsbehandlingslovens § 2a, tog EU-Domstolen stilling til dette i Ring og Werge.

I Ring og Werge slog EU-Domstolen som udgangspunkt fast, at hverken betragtning 20 eller andre bestemmelser i beskæftigelsesdirektivet har haft til hensigt med begrebet ”arbejdsmonstre” at:

”... udelukke en tilpasning af timetallet, navnlig muligheden for, at handicappede personer, som ikke eller ikke længere er i stand til at arbejde på fuld tid, kan udføre deres arbejde på deltid...”, idet formålet er at ”...fjerne de forskellige barrierer, som hindrer handicappede personer i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere”.

EU-Domstolens dom i Ring og Werge er et klart eksempel på, at der ikke er grund til at anvende en indskrænkende fortolkning af, hvilke foranstaltninger, der kan anvendes. Det er dermed ikke givet, at nedsat arbejdstid er en ubetinget tilpasningsforanstaltning, der altid skal tilbydes, men blot, at nedsat arbejdstid er én blandt flere mulige tilpasningsforanstaltninger. Der kan være tilfælde, hvor en nedsættelse af arbejdstiden

ikke er anvendelig, men den bør medtages som en overvejelse i alle tilfælde. Selv om der eventuelt skal tages højde for en nedsat arbejdstid, skal den pågældende medarbejder stadig være kompetent, egnet og disponibel til at bestride stillingen, jf. afsnittet nedenfor.

Med hensyn til tilpasningsforpligtelsen viser Højesterets efterfølgende afgørelse i Werge-sagen, at der skal foretages en yderst konkret vurdering af de driftsmæssige forhold på den enkelte arbejdsplads. Højesteret fastslog med dommen, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at opnormere bemanningen med en ekstra fuldtidsansat og heller ikke til at opdele stillingen i to, hvis dette vil medføre lavere effektivitet og serviceniveau.

4.1.3.2 Kompetent, egnet og disponibel

Selvom det konkret kan fastslås, at en person har et handicap, er dette ikke ensbetydende med, at en arbejdsgiver er forpligtet til at foretage en positiv særbehandling af denne – hverken i forbindelse med ansættelse, under ansættelse eller i forbindelse med afskedigelse.³⁰ Dette fremgår af betragtning 17 i beskæftigelsesdirektivets præambel:

”Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”

Der gælder således tre kumulative betingelser, herunder at den pågældende person skal være

- kompetent
- egnet og
- disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling.

Med ordene ”kompetent, egnet og disponibel” indikerer beskæftigelsesdirektivet, at personer med handicap skal opfylde de almindelige krav til et job, hvorfor der ikke er en beskyttelse mod bl.a. afskedigelse i de tilfælde, hvor kravene ikke er opfyldt.

Tilpasningsforpligtelsen vil således alene være relevant i de tilfælde, hvor personen med handicap har de nødvendige kvalifikationer for at kunne bestride det pågældende job, med de påkrævede tilpasninger. Dette kan tolkes således, at det ikke har været intentionen med beskæftigelsesdirektivet, at tilpasningsforpligtelsen skulle fremme en positiv særbehandling af medarbejdere med handicap. På trods af at beskæftigelsesdirektivet i artikel 7 tillader, at medlemslandene indfører positiv særbehandling af medarbejdere med handicap, er der ingen pligt til at gøre dette, men det er således op til hvert medlemslands nationale regler og politiske valg, om man vil foretage positiv særbehandling. Se mere herom i afsnit 6.

Af forskelsbehandlingslovens forarbejder til § 2a fremgår det tilsvarende, at:

”Tilpasningsforpligtelsen vil alene være relevant i de tilfælde, hvor personen med handicap har de nødvendige kvalifikationer for at kunne bestride det pågældende job, med de eventuelle påkrævede tilpasninger.”³¹

Den danske bestemmelse i lovens § 2a understøtter dermed, at selvom arbejdsgiveren har en pligt til rimelig tilpasning, er tilpasningsforpligtelsen således alene relevant i de tilfælde, hvor en ansøger eller en medarbejder med handicap i øvrigt har de *nødvendige kvalifikationer* for at kunne bestride det konkrete job.

³⁰ Om muligheden for at undtage fra forbuddet mod forskelsbehandling ved positiv særbehandling henvises til afsnit 6.7

³¹ Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

I henhold til saglighedskriteriet i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, er det ikke forbudt at stille særlige krav, som kan medføre, at en person med handicap stilles ringere end andre ved ansættelse. Sådanne krav skal dog kunne begrundes af arbejdsgiveren, og betingelserne herfor skal være nødvendige og hensigtsmæssige for at opfylde et sagligt formål.

I Ring og Werge-sagerne tog EU-Domstolen stilling til, om en lønmodtager kunne anses for at være kompetent, egnet og disponibel. Ring var ansat i et boligselskab og efter flere års ansættelse blev hun afskediget som følge af det opståede handicap. Som følge af Rings mange års erfaring var vedkommende fortsat kompetent og egnet, da handicappet alene påvirkede hendes belastningsevne. Spørgsmålet måtte således være hvorvidt hun på trods af sit behov for nedsat arbejdstid, fortsat var disponibel for arbejdsgiveren. Ring fik medhold i sagen, og følgelig må det kunne konstateres, at hun var at betragte som både kompetent, egnet og disponibel. Altså må en person med handicap anses for at være disponibel selvom den pågældende ikke er i stand til at arbejde med samme belastning som andre ansatte eller som tidligere i samme stilling.

Et eksempel fra dansk retspraksis er Vestre Landsrets dom af 17. maj 2013³² i en sag, hvor en medarbejder, som fik blodprop i hjernen og blev opsagt med den begrundelse, at det som følge af ordrenedgang på den maskine, som medarbejderen betjente, havde været nødvendigt at nedlægge stillingen. Man havde forsøgt at omskole medarbejderen til en anden maskine, men han havde tilkendegivet, at han ikke følte sig i stand til at lære at arbejde med en anden maskine. Opsigelsen blev i en periode suspenderet, hvor arbejdsgiveren med bistand fra HK og kommunens jobcenter forsøgte at tilpasse medarbejderens ændrede arbejdsopgaver til arbejdsgiverens produktionsmål, uden at det lykkedes. Herefter blev opsigelsen fastholdt.

Vestre Landsret skulle tage stilling til, om medarbejderen var blevet afskediget i strid med forskelsbehandlingsloven, fordi den pågældende, på trods af at en række hjælpeforanstaltninger var iværksat, ikke længere havde de fornødne kvalifikationer. Retten kom frem til, at beskyttelsen af medarbejdere med handicap ikke rækker så vidt, at man som arbejdsgiver har pligt til at fastholde en medarbejder der, efter iagttagelsen af tilpasningsforpligtelsen, ikke vil være kompetent, egnet og disponibel.

I Østre Landsrets dom af 29. juni 2011³³, om en hørehæmmet medarbejder, fandt retten, at eftersom kommunen agtede at tilbyde medarbejderen en ny stilling med lignende funktioner, var medarbejderen kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med denne nye stilling. Samtidig kunne det ikke kræves, at medarbejderen skulle kunne varetage den telefonbetjening, som var knyttet til hendes hidtidige stilling, for at hun kunne anses for kompetent, disponibel og egnet til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med stillingen. Dommen er også omtalt nedenfor i afsnit 4.1.3.3.2.

Højesterets dom i Skibby Supermarked-sagen, som omtalt i afsnit 4.1.2 og 4.1.1.4, viser også, at arbejdsgiveren er berettiget til at afslå et forslag fra en medarbejder med handicap om at blive flyttet over i en anden stilling, såfremt medarbejderen ikke er kompetent og egnet til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med denne stilling. Dommen viser også, at arbejdsgiveren ikke har pligt til at lave en ny stilling for at imødekomme medarbejderens tilpasningsbehov.

4.1.3.3 Rimelighedsvurderingen

Rækkevidden af tilpasningsforanstaltningen skal på den ene side ses i lyset af det overordnede formål, at beholde eller give adgang til en handicappet personen på arbejdsmarkedet, og på den anden i lyset af en rimelighedsvurdering, således at en tilpasning skal være rimelig og ikke påføre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

³² Sag B-1077-12, U.2013.2435V

³³ Sag B-2814-10, U.2011.2880Ø

En rimelighedsvurdering er en konkret vurdering af tilpasningsforpligtigelsens konkrete udgifter i forhold til tre parametre, nemlig finansielle og andre omkostninger, virksomhedens størrelse og finansielle midler samt adgang til offentligt tilskud eller anden støtte.

Selvom tilpasningsforpligtelsen tilsigter en særlig beskyttelse af en medarbejder med handicap, skal dette således holdes op imod hensynet til arbejdsgiveren, idet byrden ikke må være uforholdsmæssig stor for denne. En rimelighedsvurdering understøtter dermed, at der i vurderingen af enhver tilpasningsforanstaltning ligger et hensyn til arbejdsgiveren og dermed en beskyttelse af denne.

I de tilfælde, hvor tilpasningen vil være en uforholdsmæssig stor byrde, kan den ikke kræves foretaget, og det vil således ikke være et brud på forskelsbehandlingsloven. Det er derfor vigtigt at fastslå i hvilke tilfælde, der foreligger en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, at der ikke er tale om en forpligtelse til at acceptere en eventuel tilpasningsforanstaltning, jf. næste afsnit.

4.1.3.3.1 Uforholdsmæssig stor byrde

I afvejningen af, om der foreligger en uforholdsmæssig stor byrde, bidrager betragtning 21 til beskæftigelsesdirektivet med en afgrænsning af byrdevurderingen:

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

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 2a, at arbejdsgiveren ikke må pålægges en uforholdsmæssig stor byrde og angiver en mulig lettelse gennem offentlige foranstaltninger. I bemærkningerne henvises der endvidere til de samme kriterier som de i beskæftigelsesdirektivet om, at der bl.a. skal tages hensyn til udgifternes størrelse ud fra virksomhedens konkrete forhold.³⁴

Der er således oplistet tre parametre, som indgår i den konkrete vurdering af, hvorvidt arbejdsgiveren er forpligtet til at afholde de konkrete udgifter, og altså dermed, om omkostningerne er for byrdefulde. De tre parametre, herunder relevant praksis, gennemgås nedenfor.

Finansielle og andre omkostninger

I vurderingen af, hvorvidt en udgift til en tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiveren, skal der i henhold til betragtning 21 i beskæftigelsesdirektivets præambel tages hensyn til de direkte *finansielle omkostninger*, som skal bruges til at etablere den konkrete foranstaltning, og *andre omkostninger*, der er forbundet med tilpasningen.

Eksempler på finansielle omkostninger er f.eks. ombygning af arbejdspladsen til kørestolsbrug eller til ansættelse af en personlig assistent.

Forståelsen af ”andre omkostninger” fremgår hverken af beskæftigelsesdirektivet eller forarbejderne til forskelsbehandlingsloven. Ud fra retspraksis kan det dog fremhæves, at ”andre omkostninger” bl.a. indeholder en hensyntagen til de *tidsmæssige omkostninger*, som en konkret foranstaltning kan medføre, for at en medarbejder med et handicap kan fungere på lige fod med andre medarbejdere.

Et eksempel på andre omkostninger, herunder tidsmæssige omkostninger, kan være ”nedsat arbejdstid”, hvormed en fuldtidsstilling skal tilpasses medarbejderen med handicap, f.eks. at arbejdstiden nedsættes til 20

³⁴ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

timer om ugen. Såfremt arbejdsgiveren ikke kan undvære en fuldtidsstilling, må arbejdsgiveren dermed være nødsaget til at ansætte en ny medarbejder på deltid, her i eksemplet altså 17 timer om ugen, for at opfylde virksomhedens behov. Oprettelsen af en ekstra arbejdsplads og et ekstra ansættelsesforhold kan være en stor byrde for virksomheden. Dette vil dog altid bero på en konkret vurdering.

Virksomhedens størrelse og finansielle midler

I rimelighedsvurderingen skal der også tages hensyn til virksomhedens størrelse og finansielle muligheder eller med andre ord, det økonomiske potentiale. Ud fra en ordlydsfortolkning må man udlede, at tilpasningsforpligtelsen kan variere fra virksomhed til virksomhed, afhængig af dens størrelse og økonomi, hvorfor det må antages, at der stilles større krav til store stabile virksomheder i forhold til virksomheder af mindre omfang, der tilsvarende er omkostningsmæssigt mindre ressourcestærke. Det antages i øvrigt, at offentlige myndigheder kan anses for at have en stor størrelse.

Offentlige tilskud eller anden støtte

Som det fremgår ovenfor skal arbejdsgiveren sørge for at undersøge de mulige foranstaltninger. Såfremt offentlige tilskud dækker hele udgiften eller dele heraf, vil en tilpasningsforanstaltning formentlig ikke være for byrdefuld for arbejdsgiveren:

”Først når mulighederne er undersøgt, vil arbejdsgiveren have opfyldt sine forpligtelser i henhold til lovforslagets § 2a.”³⁵

Dette indebærer, at arbejdsgiveren ikke kan afvise at foretage tilpasning på grund af en uforholdsmæssig stor byrde, hvis offentlige foranstaltninger kan lette byrden. Derfor er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge, hvorvidt der er mulighed for at opnå offentlig støtte, der kan afhjælpe alle eller dele af udgifterne. Undersøgelsen kan eventuel ske i samarbejde med den handicappede, kommunen og handicaporganisationer.

I lov om aktiv en beskæftigelsesindsats³⁶ findes der regler (lovens §§76-77), der giver personer med handicap mulighed for at få tilskud til hjælpemidler, som omfatter arbejdsredskaber og mindre arbejdsindretninger. Betingelsen for at give tilskud til arbejdsredskaber og mindre arbejdspladsindretninger er først og fremmest, at tilskuddet er af afgørende betydning for, at personen kan deltage i tilbuddet, eller at arbejdsredskabet eller indretningen kompenserer for personens eventuelle begrænsning i arbejdslevnen. Derfor skal tilskuddet afhjælpe et konkret behov for kompensation i forbindelse med muligheden for at deltage i arbejdslevnet på lige fod med ansatte, som ikke har et handicap.³⁷

I bekendtgørelse af lov om kompensation til handicappede i erhverv m.v.³⁸ findes regler om ordningen vedrørende personlig assistance, der giver en person med handicap mulighed for at få tildelt en personlig assistent³⁹, der kan afhjælpe nogle af de opgaver, som den pågældende, på grund af sit handicap, ikke er i stand til at udføre på egen hånd.⁴⁰

Herudover fremgår det også af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at offentlige tilskud alene ydes til foranstaltninger, der går ud over, hvad arbejdsgiveren forudsættes at afholde, herunder – og som tidligere nævnt - de almindelige arbejdsmiljøretlige forpligtelser i henhold til bekendtgørelse om faste arbejdssteders

³⁵ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

³⁶ Lovbekendtgørelse nr. 1342 af 21/11/2016

³⁷ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), almindelige bemærkninger til pkt. 5.1

³⁸ Lovbekendtgørelse nr. 727 af 7/07/2009

³⁹ En personlig assistent yder støtte i forbindelse med de arbejdsfunktioner, som personen med handicap/funktionsnedsættelse ikke selv kan klare. Det kan f.eks. dreje sig om at hente og bringe, tage specifikke løft, læse op, fungere som sekretær, tolke for døve, føre bil i arbejdsrelaterede situationer osv.

⁴⁰ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), almindelige bemærkninger til pkt. 5.1

indretning, samt at hjælpemidlerne dermed heller ikke er sædvanligt forekommende på arbejdspladsen. Det beror således på en konkret vurdering, om arbejdsgiveren kan få tilskud. Det gælder desuden, at hjælpen er uafhængig af indtægts – og formueforhold hos personen med handicap eller hos en evt. ægtefælle, hvorfor alene virksomhedens forhold er relevante i vurderingen. Tilskuddet til hjælpemidlet bevilliges ud fra den enkelte persons situation og de forhold, der er gældende for ansættelsen.⁴¹

4.1.3.3.2 Byrdevurderingen i retspraksis

For at give en bedre forståelse af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse og om, hvorvidt en konkret tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld set i lyset af de tre ovenfor gennemgåede parametre, der skal indgå i vurderingen, vil der nedenfor blive gennemgået relevant retspraksis.

Gennemgangen af retspraksis nedenfor viser, at en rimelighedsvurdering afhænger af en lang række forhold, herunder handikaptype, omfanget af handicappet, stillingstype, branche, og proportionalitet mellem udgifterne til tilpasningsforanstaltninger og virksomhedens størrelse samt økonomi, hvilket primært vurderes ud fra regnskaberne, arbejdsstedets fysiske placering og ikke mindst samspillet med offentlige tilskudsordninger, hvor arbejdsgiveren kan have mulighed for omkostningsdækning hos det offentlige.

Arbejdsgiveren skal dermed undersøge de relevante tilpasningsformer, som kan medføre at den handicappede person kan arbejde på lige fod med andre medarbejdere i virksomheden. Tilpasningsforanstaltninger kan således ikke afgrænses til en bestemt tilpasningsform, som f.eks. nedsat tid, hvis der konkret foreligger behov for andre former for tilpasningsforanstaltninger.

Retspraksis tegner et godt billede af, at allerede fordi arbejdsgiveren ikke har undersøgt mulige tilpasningsforanstaltninger, er der sket en overskridelse af forskelsbehandlingsloven. Først når mulighederne er undersøgt, vil arbejdsgiveren kunne forsøge at løfte bevisbyrden for, at omkostningerne er for byrdefulde for den eller kan dokumentere, at medarbejderen, til trods for etablering af nødvendige og rimelige afhjælpningsmidler, ikke vil være kompetent, egnet og disponibel til at besidde den pågældende stilling. Det påhviler således arbejdsgiveren at kunne dokumentere, at medarbejderens behov for foranstaltninger er blevet afdækket.

I en dom fra Sø- og Handelsretten⁴², om en elev med svære rygproblemer, lagde retten til grund, at virksomheden ikke havde godtgjort, at virksomheden havde opfyldt sin forpligtelse til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2a. Retten fandt heller ikke, at der var grundlag for at fastslå, hvorvidt den personlige assistance-ordning, som var blevet bragt i forslag af kommunen, ville indebære en uforholdsmæssig stor byrde for virksomheden, dvs. virksomheden ikke var i stand til at løfte bevisbyrden.

⁴¹ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), almindelige bemærkninger til pkt. 5.1

⁴² Sag F-27-07, U.2009.1948SH

Sø- og Handelsrettens dom af 2. april 2009 (eleven med rygproblemer)

Kort om sagen: Sagen omhandler en elev med svære rygproblemer på grund af nedslidning efter mange års fysisk krævende arbejde i forskellige arbejdsfunktioner. Eleven var ansat i virksomhedspraktik under en uddannelsesaftale i en virksomhed i byggemarkedsbranchen, hvor elevens arbejdsopgaver krævede tunge løft. Eleven var ansat med fuld lønkomensation fra kommunen. En personlig assistance-ordning, som var blevet bragt i forslag af kommunen, og som antagelig kunne have opfyldt kompensationsbehovet, blev afvist af virksomheden på et tidspunkt, hvor det nærmere indhold af en sådan ordning endnu ikke var fastlagt. Virksomheden ønskede ikke, at spørgsmålet blev yderligere undersøgt af kommunen. Efter en række sygefraværperioder dokumenteret med lægeerklæringer ophævede virksomheden uddannelsesaftalen.

Sø- og Handelsrettens afgørelse: Retten lagde til grund, at eleven under sin ansættelse hos virksomheden havde svære rygproblemer, der skyldtes nedslidning efter mange års fysisk krævende arbejde i forskellige arbejdsfunktioner, og at problemerne var af varig karakter. I forhold til de arbejdsopgaver hos virksomheden, der krævede tunge løft, indebar elevens rygproblemer en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov, for at han kunne fungere på lige fod med andre ansatte. Rygproblemerne var under disse omstændigheder et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Efter oplysningerne om forløbet af elevens ansættelse hos virksomheden var der ikke grundlag for at antage, at virksomheden havde truffet virksomme foranstaltninger til imødekommelse af elevens kompensationsbehov i ansættelsesperioden. En personlig assistance-ordning, som var blevet bragt i forslag af kommunen, og som antagelig kunne have opfyldt elevens kompensationsbehov, blev afvist af virksomheden på et tidspunkt, hvor det nærmere indhold af en sådan ordning endnu ikke var fastlagt, og virksomheden ønskede ikke spørgsmålet yderligere undersøgt af kommunen. Retten fandt ikke, at der var grundlag for at fastslå, at en nødvendig tilpasningsforanstaltning ville indebære en uforholdsmæssig stor byrde for virksomheden, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Godtgørelsen blev fastsat til 97.200 kr.

Dommen viser dermed, at virksomheder er forpligtet til at undersøge de mulige offentlige støtteordninger og tilskudsmuligheder, for herefter at dokumentere, at tilpasningsforanstaltningen vil være en uforholdsmæssig stor byrde for virksomheden.

I en dom fra 2010⁴³, om en hjerneskadet advokatsekretær i fleksjob, fastslog Vestre Landsret, at arbejdsgiveren ikke havde opfyldt sin pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger alene ved at tilbyde medarbejderen et fleksjob. Konkret havde medarbejderen andre tilpasningsbehov, hvorfor arbejdsgiveren burde have forsøgt at imødekomme disse konkrete behov, bl.a. ved at tilpasse arbejdsmonstre og ændre i arbejdsfordelingen. Det var endvidere ikke godtgjort, at medarbejderen ikke ville være kompetent, egnet og disponibel, såfremt arbejdsopgaverne var tilpasset hendes konkrete situation.

Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010 (hjerneskadet advokatsekretær i fleksjob)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en advokatsekretær, der var blevet handicappet som følge af en hjerneskade, der skyldtes et meget voldsomt trafikuheld, hvor hun pådrog sig et kraniebrud. Følgerne af hjerneskaden var, at medarbejderen fik hukommelsessvækkelse, hun havde svært ved at koncentrere sig og overskue komplicerede problemstillinger, hun følte endvidere træthed og en psykisk ændring. Medarbejderen fik en varig nedsat begrænsning i arbejdssevnen og fik derfor bevilget fleksjob. To år efter blev medarbejderen opsagt med den begrundelse, at hun trods fleksjobordningen ikke havde kunnet udfylde sit job som advokatsekretær på tilfredsstillende vis.

Landsrettens afgørelse: Retten afgjorde, at det ikke var godtgjort, at arbejdsgiveren i tilstrækkeligt omfang havde imødekommet medarbejderens konkrete behov, herunder f.eks. tilpasset arbejdsmonstre og arbejdsfordelingen i medarbejderens situation, hvilket var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2a.

Analog til dommen i ovenstående sag, kan også nævnes dommen i en sag om epilepsi⁴⁴, som illustrerer, at manglende undersøgelse af alle relevante tilpasningsforanstaltninger er en overskridelse af forskelsbehandlingsloven.

⁴³ Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010, sag B-1904-08, U.2010.1748V

⁴⁴ Sag 18. B-2215-09, U.2010.2303Ø

Østre Landsrets dom af 5. maj 2010 (medarbejder med epilepsi)

Kort om sagen: Medarbejderen havde som 18-årig fået konstateret epilepsi, som gav et nedsat fysisk og psykisk funktionsniveau, herunder bl.a. øget træthed. Medarbejderen var ansat i et fleksjob som servicemedarbejder i en Café med tilskud fra kommunen. I aftalevilkår for fleksjobbet var medarbejderens arbejdsopgaver beskrevet som "...mindre reparationsopgaver, hente varer, opsætning af terrasse samt forefaldende opgaver". Om skånehensyn var anført "Nedsat tid. Undgå stress og rutinepræget arbejde og have mulighed for afvekslende arbejde". Afskedigelsen kom umiddelbart efter, at medarbejderen havde været ude for et uheld i 2008, hvor han var kørt imod færdselsretningen som følge af et anfald, hvorfor arbejdsgiveren efter episoden begrundede opsigelsen med, at denne ikke kunne være ansvarlig for medarbejderens sikkerhed i situationer, hvor han arbejdede alene. Opsigelsen var derfor begrundet i medarbejderens handicap.

Landsrettens afgørelse: Odense byret afgjorde, at medarbejderen efter en samlet bedømmelse af sygdommen og dens følger ikke kunne betegnes som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Østre Landsret omstødte dommen og anførte, at medarbejderen var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, og at arbejdsgiverens manglende undersøgelse af andre tilpasningsmuligheder, som ikke ville pålægge denne en uforholdsmæssig byrde, var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2a.

Dommen viser således, at en tilpasningsforanstaltning begrænset til fleksjob ikke nødvendigvis kan opfylde arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse i en konkret situation. Derudover viser dommen også, at dokumentationskravet tillægges vægt af domstolene, når en arbejdsgiver vil bevise, at manglende tilpasningsforanstaltninger skyldes, at en medarbejder ikke er kompetent, egnet og disponibel til at bestride den pågældende stilling. Landsretten anførte, at medarbejderens funktionsnedsættelse ikke alene skulle kompenseres i form af nedsat arbejdstid, men også ved at der skulle tages særlige hensyn på arbejdspladsen for at medarbejderen undgik stress, rutinepræget arbejde og farligt arbejde. Derudover skulle medarbejderen have afvekslende arbejde, passende pauser og konkrete anvisninger for at han kunne forstå sine arbejdsopgaver.

På baggrund af ovenstående fandt landsretten, at afskedigelsens begrundelse i medarbejderens egen sikkerhed ikke var en nødvendig og hensigtsmæssig foranstaltning. Dommen slog fast, at der var andre muligheder for at fastholde medarbejderen i stillingen, der ikke ville pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig byrde. Dommen illustrerer igen vigtigheden af dokumentation for at bevise, at en tilpasningsforanstaltning vil være for byrdefuld for en virksomhed.

I en sag om en skleroseramt advokat fremgår det af Østre Landsrets dom⁴⁵, at medarbejderens kompensationsbehov bl.a. omfattede nedsat arbejdstid, personlig assistance, og at der ved arbejdspladsens indretning skulle tages særlige hensyn til advokatens arbejdsopgaver. Det afgørende i sagen var, at arbejdsgiveren skulle have undersøgt alle muligheder for at medarbejderen med handicap kunne arbejde på lige fod med de andre ansatte på trods af de allerede eksisterende hjælpemidler.

Østre Landsrets dom af 26. august 2010 (skleroseramt advokat)

Kort om sagen: Medarbejderen, en skleroseramt advokat, blev ansat på fuld tid med offentlige tilskud til sekretærbistand og havde under ansættelsen en personlig assistent samt fik udleveret diverse hjælpemidler i form af bl.a. kørestol og rollator fra kommunen. Jobbet indebar i henhold til jobbeskrivelsen almindeligt forefaldende advokatarbejde, retsmøder m.m. Medarbejderens helbredstilstand blev efterfølgende forværret, og det medførte en løbende nedsættelse af arbejdstiden, som til sidst endte på 12-15 timer om ugen med et løntilskud. Et år efter blev medarbejderen opsagt, efter hun ikke længere kunne møde i retten, da hun ikke kunne overkomme de trin, der var op til retsbygningen. I opsigelsesskrivelsen blev det bl.a. begrundet i, at der på kontoret var brug for en "almindelig tilskæring" som følge af kontorets økonomi, og at medarbejderen som følge af sin sygdom blev svagere og svagere og ikke kunne møde i retten og herudover generelt havde svært ved at udfylde den rolle, hun var ansat til.

Landsrettens afgørelse: Landsretten afgjorde, at arbejdsgiveren ikke havde opfyldt sine forpligtelser til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2a, og det var udokumenteret, at opsigelsen skyldtes virksomhedens behov for at tilpasse den udgifter.

⁴⁵ Sag B-644-09, U.2013.2473Ø

Som det fremgår af dommen fastslog retten, at selvom arbejdsgiverens virksomhed havde behov for af økonomiske årsager at tilpasse udgifterne, fandtes det ikke ved det fremlagte regnskabsmateriale og de afgivne forklaringer dokumenteret, at det var nødvendigt at opsiges medarbejderen. Retten lagde desuden til grund, at det var udokumenteret, at medarbejderen genererede underskud for virksomheden. Arbejdsgiveren havde således ikke godtgjort, at de nødvendige tilpasningsforanstaltninger ville være byrdefulde, og at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Dommen illustrerer derfor betydningen af dokumentationskravet i form af f.eks. regnskabsmateriale, når arbejdsgiveren skal bevise, at nødvendige tilpasningsforanstaltninger ikke er proportionale med virksomhedens økonomi. Det bemærkes, at dommen blev anket til Højesteret, men blev senere hævet.⁴⁶

Østre Landsret behandlede i 2011 en sag, om en hørehæmmet medarbejder, hvor retten i sin dom⁴⁷ lagde vægt på, at kommunen ikke foretog den pågældende ombygning af kontoret, og at det ikke var godtgjort, at arbejdsgiveren havde forsøgt at tage initiativ til, om der kunne opnås tilskud til ombygningen fra hjemkommunen, herunder at aftale med medarbejderen, at hun skulle forelægge tilbuddet for hjemkommunen med henblik på opnåelse af tilskud. Samtidig anførte Landsretten, at udgifterne på ca. 40.000 kr., forbundet med ombygningen, ikke kunne anses for en uforholdsmæssig stor byrde, som kunne begrunde, at arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at foretage ombygningen for at afhjælpe medarbejderens handicap efter forskelsbehandlingslovens § 2a. Arbejdsgiveren havde ikke løftet bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket ved afskedigelsen, som derfor var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Dommen illustrerer, at allerede fordi arbejdsgiveren ikke har undersøgt mulighederne for at få offentligt tilskud, er der sket en overskridelse af forskelsbehandlingsloven. Samtidig viser dommen, at når omfanget af de nødvendige foranstaltninger er afklaret, er arbejdsgiveren som udgangspunkt forpligtet til at afholde disse – i denne sag var det altså i form af tilbud af en anden stilling og ombygning af arbejdspladsen. Dommen er også et godt eksempel på proportionalitetsforholdet mellem virksomhedens økonomi og udgifterne til foranstaltningen, således at udgifterne i forhold til kommunens økonomi ikke kan anses som en uforholdsmæssig stor byrde.

Østre Landsrets dom af 29. juni 2011 (hørehæmmet medarbejder)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en kommunal ansat kvindelig økonomimedarbejder, som led af en medfødt hørenedsættelse. På grund af sin hørenedsættelse fik medarbejderen tildelt en særlig telefon. Senere på grund af forværring af hørelsen kunne hun svært betjene telefoner. Arbejdsgiveren foretog flere undersøgelser med henblik på at afhjælpe medarbejderen, herunder muligheden for ombygning af arbejdspladsen, i hvilken forbindelse der blev indhentet et tilbud, som lød på 40.000 kr., samt muligheden for at flytte hende til en stilling uden telefonbetjening. Arbejdsgiveren fandt ikke, at en ombygning af kontoret eller en ændring af stillingen kunne afhjælpe problemet, hvorfor medarbejderen efter en længere sygdomsperiode blev afskediget. Det fremgik af opsigelsen, at denne var begrundet i medarbejderens dårlige hørelse.

Landsrettens afgørelse: Landsretten fastslog, at udgifterne til tilpasningsforanstaltningerne ikke kunne anses at være byrdefulde, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, og at arbejdsgiveren ikke godtgjorde, at den tog initiativ til at undersøge, om man kunne opnå tilskud til ombygningen.

I Ring og Werge overlod EU-Domstolen det til den nationale ret, Sø- og Handelsretten, at tage stilling til rimelighedsvurderingen på grundlag af de faktiske omstændigheder. Utraditionelt giver EU-dommen dog samtidig tydelige indikationer til Sø- og Handelsretten i præmis 62, idet EU-Domstolen i Ring-sagen ikke kunne se bort fra den konkrete omstændighed, at arbejdsgiveren kort tid efter afskedigelsen søgte en ny medarbejder på 22 timer, som var et nærmest sammenfaldende timeantal, som Ring kunne arbejde. Herved synes EU-Domstolen at lægge op til, at alene denne omstændighed gør, at arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

⁴⁶ Karnov note 1 til U.2013.2473Ø

⁴⁷ Sag B-2814-10, U.2011.2880Ø

Sø- og Handelsrettens domme af 31. januar 2014⁴⁸ fandt ikke grundlag for at anse de nødvendige tilpasningsforanstaltninger, som arbejdsgiverne skulle have foretaget, for uforholdsmæssig byrdefulde.

I Ring-sagen anførte retten, at arbejdsgiveren ikke traf de hensigtsmæssige foranstaltninger i medarbejderens situation, herunder tilpasning af arbejdspladsen, f.eks. med hæve-sænkebord og ansættelse på deltid. Arbejdsgiveren havde derfor ikke godtgjort, at nogen af disse tilpasningsforanstaltninger ville have indebåret en uforholdsmæssig stor byrde. Retten tog herefter EU-Domstolens indikation til følge, og anførte, at denne byrdevurdering skulle ses i lyset af arbejdsgiverens stillingsopslag om en ledig deltidsstilling i forlængelse af opsigelsen af Ring.

I Werge-sagen tog Sø- og Handelsretten medarbejderens forklaring til følge om, at hun ingen hjælp fik til sine arbejdsopgaver trods funktionsnedsættelsen, og at arbejdsgiveren på intet tidspunkt havde søgt at afklare i hvilket omfang, der lå et behov for tilpasning – hverken forholdene eller omkostninger herved. Retten anførte i sin afgørelse, at arbejdsgiveren derfor ikke havde opfyldt sine forpligtelser og at der ikke forelå grundlag for at fastslå, at sådanne foranstaltninger eventuelt måtte indebære en uforholdsmæssig stor byrde i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2a.

I forhold til Højesterets dom i Werge-sagen, fandt Højesteret, ligesom Sø- og Handelsretten, at medarbejderens handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at arbejdsgiveren derfor havde pligt til at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. Højesteret fandt dog, i modsætning til Sø- og Handelsretten, at arbejdsgiveren ikke havde tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse. Højesteret henviste til, at det efter en samlet vurdering ikke var godtgjort, at arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at medarbejderens sygdom havde medført et handicap.

Vestre Landsret har i en dom fra 2015⁴⁹ konkluderet, at det ville udgøre en uforholdsmæssig byrde at bibeholde medarbejderen i stillingen, dvs. på nedsat tid. Sagen omhandlede en medarbejder, som havde en varig sygdom, der udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og som ikke kunne bestride en stilling på mere end 18 arbejdstimer om ugen.

Vestre Landsrets dom af 14. september 2015 (sekretær med varig sygdom)

Kort om sagen: Sagen vedrørte en medarbejder, der arbejdede som sekretær i en kommune. Medarbejderen led af en varig sygdom, der udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Sygdommen bevirkede, at medarbejderen ikke kunne bestride en stilling på mere end 18 timer om ugen. Stillingen som sekretær krævede imidlertid, at opgaverne som udgangspunkt blev varetaget af én person, og at arbejdstiden var mere end 18 timer om ugen. Kommunen undersøgte derfor mulighederne for, at medarbejderen i stedet kunne rykke til en anden passende ledig stilling i kommunen. Da der ikke var nogen passende ledige stillinger, valgte kommunen at afskedige medarbejderen.

Landsrettens afgørelse: Landsretten fandt det godtgjort, at stillingen krævede, at opgaverne som udgangspunkt blev varetaget af én person, og at behovet for tilstedeværelse var mere end 18 timer om ugen. Medarbejderen ville derfor ikke være disponibel i fornødent omfang, og kommunen ville blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, såfremt den skulle lade medarbejderen fortsætte i stillingen med en nedsat arbejdstid på 18 timer om ugen. Landsretten fandt ikke, at den omstændighed, at medarbejderen blev bevilget et fleksjob i opsigelsesperioden, kunne føre til et andet resultat. Landsretten fandt tillige anledning til at bemærke, at kommunen havde tilbudt at undersøge muligheden for beskæftigelse i 18 timer om ugen på en af kommunens andre arbejdspladser. Efter afskedigelsen fortsatte kommunen med at undersøge, om der opstod passende ledige stillinger i kommunen, og kommunen tilbød medarbejderen en stilling på nedsat tid, da der opstod mulighed herfor. Landsretten fandt på den baggrund, at opsigelsen ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven, hvorfor kommunen blev frikendt.

Dommen er endnu et eksempel på en afgrænsning i forhold til, hvad der vil være en uforholdsmæssig stor byrde for en arbejdsgiver, når en medarbejder i en nøglefunktion har behov for at gå ned i tid. I den konkrete sag var det tilstrækkeligt, at arbejdsgiveren kunne bevise, at stillingen ikke kunne varetages på nedsat tid, og

⁴⁸ Sø- og Handelsrettens domme af 31. januar 2014, sag F-19-06 og sag F-13-06

⁴⁹ U.2016.384V. Det bemærkes, at der er søgt om tilladelse til at indbringe sagen for Højesteret.

at det driftsmæssigt og økonomisk ville udgøre en uforholdsmæssig byrde at skulle fordele stillingen mellem flere medarbejdere.

Højesterets dom af 13. april 2016, sag 98/2015 (medarbejder med refleksdystrofi)

Kort om sagen: En medarbejder, der var ansat som lokalplanlægger i en kommune, havde været udsat for en trafikulykke i arbejdstiden, hvor hun pådrog sig en smertelidelse i højre arm (refleksdystrofi). Medarbejderen blev efterfølgende deltidssygemeldt. Et år efter ulykken anmodede medarbejderen om en permanent deltidsansættelse på 20 timer om ugen. Kommunen afslog anmodningen, da det ikke ville være driftsmæssigt forsvarligt at tilbyde medarbejderen deltidsansættelse, fordi det ikke var muligt at ansætte endnu en deltidsmedarbejder. Kommunen afskedigede herefter medarbejderen under henvisning til hendes langvarige og fortsatte sygefravær. Medarbejderen gjorde gældende, at afskedigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven, idet hun led af et handicap på tidspunktet for afskedigelsen. Kommunen havde som følge heraf pligt til at tilpasse arbejdet efter hendes særlige behov og dermed acceptere hendes anmodning om en deltidsstilling. Kommunen gjorde gældende, at medarbejderen ikke led af et handicap på tidspunktet for afskedigelsen, idet det ikke var godtgjort, at lidelsen var langvarig. Kommunen gjorde tillige gældende, at såfremt medarbejderen led af et handicap ville det af driftsmæssige årsager være en uforholdsmæssig stor byrde at tilbyde hende en deltidsstilling på 20 timer om ugen.

Højesterets afgørelse: Højesteret fastslog indledningsvist, at medarbejderens lidelse udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Højesteret lagde i sin vurdering vægt på, at medarbejderens lidelse var funktionsbegrænsende og af lang varighed, hvilket fremgik af de lægelige oplysninger. Spørgsmålet for Højesteret var herefter, om kommunen havde opfyldt sin pligt til at tilpasse arbejdet efter medarbejderens behov. Retten lagde til grund, at en fuldtidsstilling var nødvendig for varetagelsen af medarbejderens stilling og fastslog samtidig, at pligten til at tilpasse arbejdet ikke omfattede en pligt til at opnormere bemanningen ved at ansætte en ny medarbejder på fuld tid. Den eneste mulighed var derfor, at opdele medarbejderens stilling i to deltidsstillinger og ansætte endnu en deltidsmedarbejder. Da medarbejderens arbejdsopgaver ville løses mindre effektivt ved to deltidsansattes samarbejde, og da en opdeling af stillingen i øvrigt ville føre til et forringet serviceniveau, fandt Højesteret, at kommunens afslag af medarbejderens anmodning om en deltidsstilling var baseret på saglige driftsmæssige hensyn. Kommunen havde derfor ikke tilsidesat sin pligt til at tilpasse arbejdet ved ikke at tilbyde medarbejderen en deltidsstilling og havde ikke handlet i strid med forskelsbehandlingsloven. Højesteret bemærkede afslutningsvist, at det ikke kunne føre til et andet resultat, at medarbejderen efterfølgende var blevet ansat i en lignende stilling i en anden kommune på 12 timer. Sø- og Handelsretten var kommet frem til det modsatte resultat.

I sagen om en medarbejder med en smertelidelse i armen - såkaldt refleksdystrofi – fastslog Højesteret i sin dom⁵⁰, at arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse over for medarbejdere med handicap ikke rækker så langt som til at opnormere antallet af medarbejdere for at kunne tilbyde en deltidsstilling til en medarbejder med handicap. Endvidere fastslår dommen, at en arbejdsgiver ikke i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a er forpligtet til at dele en fuldtidsstilling op i to deltidsstillinger i en situation, hvor det er sagligt og driftsmæssigt velbegrundet, at den pågældende stilling er en fuldtidsstilling. Desuden bekræfter dommen, at arbejdsgiveren har en vid skønsmargin med hensyn til at vurdere, hvilke tilpasningsforpligtelser der er driftsmæssigt forsvarlige i virksomheden. Arbejdsgiveren skal imidlertid kunne bevise, at mulighederne for at tilpasse arbejdet reelt er blevet undersøgt og afprøvet.

Særligt i forhold til driftsmæssigt begrundede afskedigelser er det særligt relevant at fremhæve en Højesteret dom fra 2014⁵¹, som omhandlede en sag, hvor en række stillinger i en region blev nedlagt som følge af strukturændringer i psykiatrien. I den forbindelse blev en medarbejder i fleksjob opsagt. Vurderingen af, hvem der skulle opsiges, skete på baggrund af en række generelle kriterier, bl.a. fleksibilitet med hensyn til arbejdstid og fysisk styrke.

Højesteret lagde i sine præmisser til grund, at fysisk styrke og fleksibilitet var nødvendige kompetencer for de tilbageværende medarbejdere i lyset af strukturændringen. Medarbejderen i fleksjob besad ikke disse kompetencer, hvorfor afskedigelsen ikke kunne have været undgået ved at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger. Medarbejderen havde derfor ikke været udsat for direkte forskelsbehandling i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap.

Afskedigelseskriterier som fleksibilitet og fysisk styrke stillede imidlertid medarbejdere med handicap ringere, hvorfor der dermed var skabt formodning for, at medarbejderen var blevet udsat for indirekte forskelsbe-

⁵⁰ U.2016.2463H

⁵¹ Højesterets dom af 12. september 2014, sag 163/2013, U.2014.3592H

handling. Arbejdsgiveren havde imidlertid bevist, at forskelsbehandlingen var begrundet i sagligt formål, herunder at varetagelsen af opgaverne efter strukturændringen, og at afskedigelsen af medarbejderen med handicap var nødvendigt for at opnå dette formål.

Højesteretsdommen fra 2014 viser således, at en arbejdsgiver lovligt kan lægge vægt på kriterier, som stiller en medarbejder med et handicap ringere end andre medarbejdere i en driftsmæssigt begrundet afskedigelsesrunde. På baggrund af dommen forudsætter dette således, at der er tale om saglige kriterier og at arbejdsgiveren ved vurderingen af den driftsmæssige situation reelt har vurderet muligheden for fortsat at imødekomme medarbejderens behov for hensigtsmæssige foranstaltninger.

4.1.4 Særligt om ”by association” (”tilknytningshandicap”)

Forbuddet mod *direkte* forskelsbehandling på grund af handicap er ifølge praksis fra EU-Domstolen udvidet til også at beskytte medarbejdere, hvis børn har et handicap, når medarbejderen yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for, jf. afsnittet nedenfor.⁵²

4.1.4.1 Beskyttelse mod forskelsbehandling af forældre til børn med handicap

I 2008 fastslog EU-domstolen i Coleman-sagen, at princippet om *direkte* forskelsbehandling på grund af handicap ikke er begrænset til den ansatte selv, når den ansatte bliver behandlet ringere end en anden ansat i samme situation, og det er bevist, at den ringere behandling skyldes et handicap hos den pågældende persons barn, som den ansatte yder hovedparten af plejen for. Coleman-sagen er også kort gennemgået ovenfor i afsnit 4.1.1.

Frem til april 2016 har retspraksis også fastslået, at beskyttelsen af medarbejdere, der har et barn med et handicap, alene kan udstrækkes til den direkte forskelsbehandling, jf. Vestre Landsret dom fra 2010⁵³, i en sag om samme spørgsmål som i Coleman-sagen, hvorefter en moder til et handicappet barn fandtes at være omfattet af beskyttelsen efter forskelsbehandlingsloven og blev tilkendt en godtgørelse på kr. 180.000 for krænkelse heraf. Der er herefter været lignende afgørelser, hvor dette er blevet fastslået, jf. Vestre Landsrets dom af 3. juni 2013⁵⁴ om en SOSU-assistent med en søn, der led af ADHD, og Højesterets dom af 8. oktober 2014⁵⁵, hvor afslag på anmodning om yderligere orlov i anledning af en medarbejders datters psykiske tilstand ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Det er således almindeligt anerkendt i dansk praksis, at en forælder, som yder den primære pleje til sit handicappede barn, er beskyttet mod *direkte* forskelsbehandling som følge af barnets handicap.

I forhold til, om det samme gælder beskyttelse mod *indirekte* forskelsbehandling har Højesteret udtalt sig herom i en dom afsagt den 27. april 2016⁵⁶. Sagen omhandlede en dagplejer med et barn med et handicap, som blev opsagt af en kommune. På grund af navnlig orlov til pasning af sin søn, der på opsigelsestidspunktet havde fået diagnosen Aspergers syndrom, havde dagplejeren ikke fungeret som dagplejer i godt et år. Dagplejeren gjorde gældende, at opsigelsen skyldtes hendes fravær, som var begrundet i hendes søns handicap, og som krævede, at hun tog sig ekstra af ham.

⁵² Forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde for forskelsbehandling som følge af handicap er også blevet behandlet i forhold til *en samlever til en person med handicap* i en afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet af 30. april 2014. Sagen omhandler en kundeservice medarbejder, der blev afskediget kort efter, at han havde afholdt otte fraværsdage i forbindelse med, at hans samlever blev indlagt med rygmarsbetændelse. For yderligere henvises der til nævnets afgørelse nr. 83/2014.

⁵³ Vestre Landsrets dom af 22. juni 2010, sag B-2040-09, U.2010.2610V

⁵⁴ Vestre Landsrets dom af 3. juni 2013, sag B-0907-12

⁵⁵ Højesterets dom af 8. oktober 2014, sag 311/2012, U.2015.16H

⁵⁶ Højesterets dom af 27. april 2016, sag 151/2015, U.2016.2530H

Højesteret vurderede, at dagplejerens søn led af Aspergers syndrom i en sådan grad⁵⁷, at han var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven, og at årsagen til opsigelsen af dagplejeren ikke var sønnens handicap, men hendes langvarige fravær fra dagplejen. Retten fastslog derfor, at dagplejeren ikke havde været udsat for *direkte* forskelsbehandling efter lovens § 1, stk. 2.

Højesteret anførte endvidere, at det er ubestridt, at det som følge af faldende børnetal var nødvendigt at opsi-ge én dagplejer i kommunen. Ved valget af, hvilken dagplejer der skulle opsiges, lagde kommunen afgøren-de vægt på hensynet til at undgå at flytte børn til en dagplejer, de ikke kendte. Dette kriterium førte til opsi-gelsen af dagplejeren, da hun som følge af sit fravær ikke aktuelt havde børn i dagpleje og ikke fra legestuer m.v., som dagplejerne deltog løbende i, kendte børn, der aktuelt var i dagpleje hos andre. Højesteret vurdere-de på den baggrund, at hensynet til ikke at flytte børnene til en dagplejer, de ikke kendte, var sagligt, og at valget af den dagplejer, der skulle opsiges, var hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå dette mål. Opsigel-sen af dagplejeren var derfor heller ikke udtryk for *indirekte* forskelsbehandling.

Da Højesteret fastslog, at opsigelsen ikke var udtryk for indirekte forskelsbehandling i strid med forskelsbe-handlingslovens § 1, stk. 3, fandt retten ikke anledning til at tage stilling til, hvorvidt bestemmelsen også omfatter situationer, hvor en medarbejder, der ikke selv er handicappet, rammes af en foranstaltning i medfør af sin tilknytning til sit barn med handicap.

Højesteret bemærkede dog, at forskelsbehandlingsloven må fortolkes i lyset af EU-Domstolens praksis, og at denne praksis ikke kunne antages at have afklaret den rette forståelse af den tilsvarende bestemmelse i be-skæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra b om indirekte forskelsbehandling. En afklaring må herefter ske ved en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, hvilket der ikke var grundlag for i den konkrete sag.

Det bemærkes, at Østre Landsret kom frem til det modsatte resultat i sin dom af 26. februar 2015⁵⁸.

4.2 Alder

Som anført i ovenstående afsnit om handicap, blev beskæftigelsesdirektivet implementeret i forskelsbe-handlingsloven i 2004⁵⁹. Sammen med indsættelsen af handicapkriteriet, som gennemgået ovenfor i afsnit 4.1, blev alder således indsat som kriterium i forskelsbehandlingsloven. Før 2004 var det således ikke i strid med den daværende forskelsbehandlingslov fra 1996⁶⁰ at diskriminere på grund af alder.

Alderskriteriet giver ikke umiddelbart anledning til begrebsmæssige vanskeligheder, og er, modsat handicap, entydigt. Det skal dog fremhæves, at beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af alder gælder for både unge og ældre, og at der således ikke er tale om en særbeskyttelse af f.eks. ældre lønmodtagere.⁶¹

4.2.1 Generelle regler

Hovedreglen efter beskæftigelsesdirektivets artikel 2 er at forskelsbehandling på grund af alder inden for direktivets anvendelsesområde er forbudt. Direktivet beskytter mod alle former for forskelsbehandling på grund af alder, som dermed dækker over både ældre og yngre personer. Dette er bl.a. understøttet i Mangold-

⁵⁷ Det fremgår af dommen, at Højesteret herved har lagt vægt på, at sønnen i marts 2010 fik stillet diagnosen Aspergers syndrom (som er en varig udviklingsforstyrrelse) og dagplejerens forklaring, der understøttes af de lægelige oplysninger, hvorefter sønnen som følge af sit Aspergers syndrom havde betydelig funktionsbegrænsning med hensyn til bl.a. sine sociale kompetencer og evne til at håndtere forandringer i hverdagen, og at denne funktionsbegrænsning bl.a. forhindrede ham i en normal skolegang.

⁵⁸ Østre Landsrets dom af 26. februar 2015, sag B-1966-13

⁵⁹ Lov nr. 253 af 7. april 2004

⁶⁰ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

⁶¹ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

sagen⁶² og Küçükdeveci-sagen⁶³, som begge fastslår, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip⁶⁴.

Ifølge beskæftigelsesdirektivet kan forskelsbehandling på grund af alder bl.a. hindre opfyldelsen af målene i EU-traktaten, særlig opnåelsen af et højt beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og socialsamhørighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer.

Ulige behandling på grund af alder kan dog ifølge direktivet være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser, der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne, jf. nedenfor.

Forskelsbehandlingsloven indeholder ligeledes et generelt forbud mod direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af alder, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1. Forbuddet gælder i forhold til både kollektive aftaler og overenskomster indgået af arbejdsmarkedets parter samt individuelle aftaler indgået mellem en arbejdsgiver og lønmodtager.

En arbejdsgiver må derfor som udgangspunkt ikke udøve direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Efter forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, gælder dette alle dele af ansættelsesforholdet, dvs. både i forbindelse med ansættelse til ledige stillinger, under selve ansættelsen og ved afskedigelse. Disse tre situationer gennemgås kort nedenfor i afsnit 4.2.1.1 og 4.2.1.2.

Det bemærkes, at som udgangspunkt dækker begrebet ”alder” over alle aldersgrupper, som derved er beskyttet mod forskelsbehandling på grund af alder.

Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er dog ikke absolut. Der gælder særlige undtagelsesregler (§ 5a, stk. 3-5), som omfatter aldersgrænser i kollektive aftaler og overenskomster, samt ungarbejdere m.v. Disse gennemgås i afsnit 4.2.2. Desuden er der de situationer, der er omfattet af de generelle undtagelsesbestemmelser i lovens § 6 (se afsnit 6.2-6.3), samt § 9, stk. 3, om særlige initiativer, der kan igangsættes med henblik på at fremme beskæftigelse af ældre (se afsnit 6.7), og § 9, stk. 4, om fastsættelse af aldersgrænser i forhold til at beskytte børn og yngre lønmodtagere (se afsnit 6.8).

4.2.1.1 Forskelsbehandling på grund af alder ved ansættelse og under ansættelsen

Som anført ovenfor forbyder forskelsbehandlingsloven, at en arbejdsgiver forskelsbehandler en jobansøger på grund af alder i forbindelse med ansøgningsprocesser til ledige stillinger.

Loven forbyder imidlertid ikke, at en arbejdsgiver f.eks. *anmoder* ansøgere om at oplyse deres alder. Dette fremgår af forskelsbehandlingslovens § 4, hvor alder ikke er nævnt som et kriterium, der er undtaget fra forbuddet mod at anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af oplysninger i forbindelse med ansøgningsprocessen eller under ansættelsen af en lønmodtager. Se afsnit 5.1 om lovens § 4.

En arbejdsgiver kan derfor anmode, indhente eller modtage oplysning om en jobansøgers alder. Dette udgør ikke i sig selv ulovlig forskelsbehandling. Det afgørende er, om arbejdsgiveren tillægger oplysningen betydning i forbindelse med udvælgelsen af kandidater til det ledige job, da det i så fald ikke er tilladt og vil udgøre ulovlig forskelsbehandling.

⁶² EU-Domstolens dom af 22. november 2005 i sag C144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm

⁶³ EU-Domstolens dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG

⁶⁴ Der gælder et almindeligt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som beskytter samme forhold som beskæftigelsesdirektivet. EU-Domstolen har fastslået, at dette princip skal fortolkes således, at det også gælder i tvister mellem en privat arbejdsgiver og en medarbejder, jf. EU-dommen i Ajos-sagen, som gennemgås i afsnit 4.2.3.

En arbejdsgiver må heller ikke *annoncere* eller *opfordre* bestemte aldersgrupper til at søge ansættelse. Annoncering gennemgås særskilt i afsnit 5.2.

Forskelsbehandlingsloven forbyder endvidere, at en arbejdsgiver forskelsbehandler en medarbejder på grund af alder under ansættelsesforholdet. En arbejdsgiver må endvidere ikke lægge vægt på personens alder ved forflyttelse, forfremmelse eller ved fastsættelse af løn- og ansættelsesvilkår.

I den forbindelse skal arbejdsgiveren være opmærksom på anvendelsen af såkaldte neutrale kriterier. Eksempler på neutrale kriterier kan være erfaring og tidligere beskæftigelse inden for samme branche. Der er således tale om kriterier, som tilsyneladende er neutrale, men som vil stille personer af en bestemt aldersgruppe ringere end andre personer. Dette fremgår også af forarbejderne til lovforslaget, som indførte alderskriteriet i forskelsbehandlingsloven:

”I relation til alderskriteriet vil der kunne opstilles en række eksempler på betingelser, kriterier m.v., der vil kunne have en indirekte diskriminerende effekt, og som vil stille en bestemt aldersgruppe ringere end andre. Som eksempler på kriterier kan nævnes:

- krav til fysisk formåen, der kan have den effekt, at særligt ældre lønmodtagere stilles ringere end andre lønmodtagere, og
- krav til erhvervsrelevant erfaring eller anciennitetsbestemt løn, som vil ramme yngre lønmodtagere frem for ældre.”⁶⁵

Der vil derfor være tale om indirekte forskelsbehandling, hvis sådanne kriterier ikke er sagligt begrundede og proportionale, jf. igen forarbejderne:

”Opstilles der sådanne kriterier, skal de begrundes sagligt og være proportionale i forhold til det mål, der ønskes opnået. Bestemmelsen udelukker ikke, at der kan opstilles krav eller betingelser for ansættelse, men sådanne krav skal være saglige og proportionale i forhold til det pågældende arbejde. Det samme gælder vilkår under ansættelsen.”⁶⁶

EU-dommen i den såkaldte Wolf-sag⁶⁷ fra 2010 omhandlede direkte forskelsbehandling, men kan fremhæves som eksempel på en sag, hvori EU-Domstolen tog stilling til spørgsmålet om saglighed og proportionalitet, som fremgår af beskæftigelsesdirektivets artikel 4, stk. 1:

”Uanset artikel 2, stk. 1 og 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.”

⁶⁵ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 4

⁶⁶ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 4

⁶⁷ EU-Domstolens dom af 12. januar 2010 i sag C-229/08, Colin Wolf mod Stadt Frankfurt am Main

Wolf-sagen (2010)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en tvist mellem Colin Wolf og Stadt Frankfurt am Main (Frankfurt am Main) vedrørende sidstnævntes afslag på at tage Colin Wolfs ansøgning om ansættelse i brandvæsenet på mellemniveau, teknisk tjeneste, i betragtning, fordi han havde overskredet aldersgrænsen på 30 år som følge af en national bestemmelse, hvorefter den maksimale aldersgrænse for ansættelse af tjenestemænd til brandvæsenet var fastsat til 30 år.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen fastslog bl.a., at artikel 4, stk. 1, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fastsætter en aldersgrænse på 30 år for ansættelse i brandvæsenets tekniske tjeneste på mellemniveau. EU-Domstolen anførte, at uanset at den nationale lovgivning indfører en ulige behandling på grund af alder i den forstand, som fremgår af beskæftigelsesdirektivets bestemmelse om direkte forskelsbehandling (artikel 2, stk. 2, litra a), kan den anses:

- dels for at være nødvendig i forhold til målet at sikre det professionelle brandvæsens operationelle karakter og rette funktion, hvilket udgør et legitimt mål som omhandlet i beskæftigelsesdirektivets artikel 4, stk. 1,
- dels for ikke at gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, eftersom besiddelsen af en særligt betydelig fysik i forhold til udøvelsen af erhvervet som brandmand i den tekniske tjeneste på mellemniveau kan anses for et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav i den sidstnævnte bestemmelses forstand, og idet nødvendigheden af at have en veludviklet fysik for at udøve dette erhverv er knyttet til alderen hos medlemmerne af denne tjeneste.

I Wolf-sagen konkluderede EU-Domstolen således, at beskæftigelsesdirektivet ikke er til hinder for en national bestemmelse, som fastsætter en maksimal aldersgrænse på 30 år for første ansættelse i brandvæsenet. Baggrunden herfor var, at direktivets artikel 4 skal fortolkes således, at direktivet ikke er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter en aldersgrænse på 30 år for ansættelse i brandvæsenets tekniske tjeneste på et bestemt niveau, hvis en sådan regel dels er nødvendig for at sikre det professionelle brandvæsens operationelle karakter og rette funktion, dels ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dette mål. I det konkrete tilfælde i Wolf-sagen var dette altså opfyldt.

4.2.1.2 Forskelsbehandling på grund af alder ved afskedigelse

Forskelsbehandlingsloven forbyder, at en arbejdsgiver forskelsbehandler en medarbejder på grund af alder ved afskedigelse. Afskedigelse på grund af alder har været forelagt domstolene i flere sager.

Sø- og Handelsrettens dom af 22. november 2007

Sagen omhandlede en lagermedarbejder, der siden 1973 havde arbejdet i en grossistvirksomhed. I efteråret 2006 oplevede virksomheden en omsætningsnedgang, og det blev derfor besluttet at nedlægge tre fuldtidsstillinger i en af virksomhedens afdelinger. Virksomheden valgte at undlade at genbesætte to ungarbejderstillinger samt ikke at forlænge to tidsbegrænsede ansættelser. Endvidere gik en medarbejder ned i tid. Det blev derfor kun nødvendigt at afskedige én fuldtidsansat medarbejder. Virksomheden vurderede herefter, hvem der bedst kunne undværes ud fra hensyn til effektivitet samt samarbejde og valgte at afskedige en medarbejder på 62 år, da der gennem en periode havde været samarbejdsproblemer med ham og endvidere var konstateret en effektivitetsnedgang. På tidspunktet for opsigelsen var der 15 fuldtidsansatte medarbejdere på lageret i alderen 26 til 67 år. Den omhandlede medarbejder var den næstældste på lageret.

Medarbejderen gjorde gældende, at afskedigelsen reelt var begrundet i hans alder og dermed i strid med forskelsbehandlingsloven. Der blev i den forbindelse henvist til, at der aldrig var meddelt påtaler, ud over hvad der fremgik af referaterne af lønsamtalerne. Medarbejderen nedlagde påstand om betaling af en godtgørelse svarende til 18 måneders løn, subsidiært en godtgørelse fastsat i henhold til den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst som følge af, at medarbejderen var udpeget som suppleant for sikkerhedsrepræsentanten, mere subsidiært en godtgørelse for usaglig afskedigelse i henhold til funktionærloven.

Sø- og Handelsretten fastslog, at det i en situation med arbejdsmangel er virksomheden, der ud fra saglige hensyn fastlægger, hvorledes en medarbejderreduktion gennemføres. Retten lagde til grund, at der havde været problemer med medarbejderens samarbejdsevner og effektivitet, og at virksomheden havde påtalt disse forhold. På baggrund heraf fandt retten det godtgjort, at opsigelsen hverken helt eller delvist var begrundet i

medarbejderens alder, hvorfor arbejdsgiveren blev frifundet for bl.a. at have handlet i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Dommen fra Sø- og Handelsretten viser således, at en medarbejder ikke nyder en udvidet beskyttelse ved arbejdsgiverens skøn over, hvem der bedst kan undværes i tilfælde af en påkrævet medarbejderreduktion ved arbejdsmangel, alene fordi medarbejderen har en høj alder.

Østre Landsrets dom af 11. november 2009, sag B-413-09, U.2010.603Ø

En række medarbejdere blev i forbindelse med en ændret struktur i SKAT udpeget til at flytte arbejdssted fra Maribo til Ringkøbing. De pågældende, der af forskellige årsager ikke så sig i stand til at flytte, endte med at afslutte deres ansættelse i SKAT. Landsretten fandt på baggrund af bevisførelsen i sagen, at der var anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling på grund af alder i strid med forskelsbehandlingsloven. Det påhvilede herefter SKAT at bevise, at lovens ligebehandlingsprincip ikke var blevet krænket, jf. forskelsbehandlingslovens § 7a.

Ligesom byretten fandt landsretten, at SKAT ikke havde bevist, at dette princip ikke var blevet krænket ved beslutningen om at udpege de pågældende til forflyttelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. Landsretten tiltrådte, at medarbejderne herefter skulle tilkendes en godtgørelse, og at der som anført af byretten herved burde lægges vægt på, at beslutningen om forflyttelse af dem i realiteten indebar en afskedigelse. Herefter, og på baggrund af at de alle havde mere end 25 års anciennitet, fandtes godtgørelsen til hver af dem passende at kunne fastsættes til 200.000 kr.

Vestre Landsrets dom af 24. februar 2010, sag B-1130-09, U.2010.1525V

I forbindelse med kommunalreformen skulle der ske en omstrukturering af AF-systemet ved Arbejdsformidlingen i det tidligere Ribe Amt. En medarbejder, født i 1943, havde været ansat ved arbejdsformidlingen siden 1973. Medarbejderen havde en seniorordning og arbejdede på nedsat tid, og efter et sygdomsforløb arbejdede medarbejderen med mindre kundevedtede opgaver. Medarbejderen, der boede i Esbjerg, fik i maj 2006 varsel om, at hun skulle have en ny placering i beskæftigelsessystemet og flytte fra det tidligere arbejdssted ved AF-region Ribe til et nyt jobcenter, der skulle etableres i Ringkøbing/Skjern Kommune. I brevet var det angivet, at der var tale om en så væsentlig ændring af medarbejderens arbejdsvilkår, at medarbejderen kunne vælge mellem at tiltræde på det nye arbejdssted eller blive opsagt. Det endte med, at medarbejderen valgte at blive opsagt. Under anbringende af at der var sket en forskelsbehandling på grund af alder, anlagde medarbejderen sag mod Arbejdsmarkedsstyrelsen med krav om en godtgørelse svarende til 18 måneders løn, eller godt 373.000 kr.

Arbejdsmarkedsstyrelsen bestred, at der var sket forskelsbehandling på grund af alder, og henviste til, at der havde været foretaget en konkret og individuel vurdering af hver enkelt medarbejder, hvor alderen ikke var kommet nogen til skade. Arbejdsmarkedsstyrelsen blev frifundet, idet det efter bevisførelsen kunne lægges til grund, at medarbejderens alder ikke havde haft betydning for den placering, hun fik tilbudt i det nye beskæftigelsessystem. Det var godtgjort, at formålet med omplaceringerne ikke havde været afskedigelser, men fordeling af medarbejderne fra større enheder til nye mindre enheder, og der havde alene været en beskeden forskel på gennemsnitsalderen for de medarbejdere, der fik opfyldt deres prioriteter, og de medarbejdere, der blev varslet forflytning.

Arbejdsmarkedsstyrelsen havde således ikke overtrådt forskelsbehandlingsloven på grund af alder ved at opsigte ældre medarbejder i forbindelse med omstrukturering af arbejdsformidlingen.

Højesterets dom af 1. oktober 2014, sag 322/2012, U.2015.1H

SAS opsagde i en større fyringsrunde i ultimo september 2008 54 piloter. Alle sagsøgerne var på opsigelses-tidspunktet mellem 60 og 63 år, og havde arbejdet som piloter hos SAS i mellem 18 og 36 år. Udvælgelsen af piloterne skete på baggrund af en kollektiv aftale mellem SAS og Dansk Pilotforening, der var blevet for-handlet forinden. Ifølge denne aftale kunne SAS afskedige de piloter, der ved afskedigelsen havde ret til pension, og dermed (ifølge SAS) var sikret forsørgelse (modsat yngre piloter). Ved Østre Landsret var det - på baggrund Ole Andersen-dommen - ubestridt, at afskedigelserne var udtryk for direkte forskelsbehandling på grund af alder. Spørgsmålet var derfor alene om der skulle betales i godtgørelse, og i så fald, hvor meget. Højesteret henviste i sin afgørelse til dommen U.2013.2575H ifølge hvilken, der bør tages udgangspunkt i de retningslinjer, der har udviklet sig i praksis ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9, og ifølge hvilken opsagte lønmodtagere med 18-36 års anciennitet som klart udgangspunkt vil være berettiget til en godtgørelse svarende til 12 måneders løn. I dommen blev der - henset til ancienniteten - tilkendt en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. I den pågældende sag ville retningslinjerne fastsat i U.2013.2575H ifølge Højesteret som udgangspunkt medføre en højere godtgørelse end de nævnte 6 måneders løn på grund af pilo-ternes høje anciennitet. Højesteret fandt dog, ligesom Østre Landsret - og også med henvisning til U.2011.417H- at der i denne sag var grundlag for at fravige udgangspunktet i nedadgående retning.⁶⁸

Højesterets dom af 14. december 2015, sag 28/2015, U.2016.1168H

I forbindelse med nedskæringer på grund af reducerede bevillinger i Moderniseringsstyrelsen, afskedigede styrelsen fem medarbejdere. Inden de fem medarbejdere skulle afskediges, udarbejdede arbejdsgiveren, dvs. styrelsen, en række kriterier til brug for udvælgelsen af de medarbejdere, som styrelsen bedst kunne undvære. Alder indgik ikke i de pågældende kriterier. De fem medarbejdere, der blev afskediget, var i alderen 53 til 65 år. Medarbejdergruppen hos styrelsen havde på dette tidspunkt en aldersfordeling, hvor ca. 25 % af de i alt 120 medarbejdere var i aldersgruppen 50-69 år, mens ca. 80 % af medarbejderne var under 53 år.

To af de afskedigede medarbejdere, som var henholdsvis 58 og 55 år, indbragte sagen for Ligebehandlings-nævnet og fik medhold i, at ligebehandlingsprincippet var krænket i forbindelse med afskedigelsen. Da styrelsen ikke ville efterleve afgørelserne, blev der anlagt sag ved Østre Landsret. Landsretten fandt ikke, at der var påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling.

Landsrettens begrundelse herfor var, at der hos styrelsen var et betydeligt antal medarbejdere, der var ældre end de to relevante medarbejdere, men som ikke var blevet afskediget. Landsretten lagde desuden vægt på, at chefkredsen havde overvejet, om aldersfordelingen gav anledning til ændringer i udvælgelsen, men at det netop blev afvist med henvisning til usaglighed.

Da der ikke kunne peges på andre forhold end den aldersmæssige fordeling af de afskedigede medarbejdere til støtte for, at styrelsen havde foretaget forskelsbehandling på grund af alder, fandt Østre Landsret ikke, at der var påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehand-ling. Den omvendte bevisbyrde i forskelsbehandlingslovens § 7a fandt derfor ikke anvendelse, og det var endvidere ikke bevist, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket, og styrelsen blev derfor frifundet.

Højesteret kom til det samme resultat som Østre Landsret, og fastslog dermed, at afskedigelse af fem medar-bejdere i alderen 53 til 65 år ikke var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod aldersdiskriminati-on. Højesteret anførte dog også i dommen, at statistiske oplysninger om aldersfordeling og de opsagtes alder kan indgå ved bedømmelsen af, om der er skabt en formodning for forskelsbehandling, således at det påhviler arbejdsgiver at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

⁶⁸Både U.2011.417H, U.2015.1H, og U.2015.2027H er kendt som de såkaldte ”SAS-sager”. De to sidstnævnte har særlig betydning i forhold til spørgsmålet om godtgørelse, hvorfor de gennemgås særskilt i afsnit 7.2.

Dommen fra Højesterets afgørelse viser således, at statiske oplysninger om aldersfordeling sammenholdt med de afskedigede medarbejders alder kan indgå i vurderingen af, om der er en formodning for forskelsbehandling. På den anden side har det efter Højesterets præmisser også stor betydning, at det ikke er de ældste medarbejdere, der afskediges.

På baggrund af ovenstående praksis kan det bl.a. bemærkes, at det kan have afgørende betydning, at en arbejdsgiver har udarbejdet f.eks. interne notater vedrørende kriterier for udvælgelsen af medarbejdere. Denne dokumentation kan således være afgørende for, at en arbejdsgiver kan løfte sin bevisbyrde, hvis en domstol måtte komme frem til, at oplysninger om aldersfordeling sammenholdt med de afskedigede medarbejders alder fører til en formodning for forskelsbehandling og en omvendt bevisbyrde.

4.2.2 Særlige regler om aldersgrænser

Efter beskæftigelsesdirektivets artikel 6 kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling i visse situationer ikke udgør forskelsbehandling. Artikel 6 har overskriften ”Berettigelse af ulige behandling på grund af alder” og bestemmer følgende:

”1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

- a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem.
- b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse.
- c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte, og anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke udgør forskelsbehandling på grund af alder, for så vidt det ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.”

EU-Domstolen går langt i retning af at acceptere de påberåbte formål som legitime, hvor dette ikke synes at være tilfældet ved vurderingen af, om de benyttede midler er hensigtsmæssige, og om de går længere end nødvendigt, jf. f.eks. Mangold-sagen, som gennemgås nedenfor.⁶⁹ Hensynet til arbejdsgiverens økonomiske interesser er dog ikke legitimt i forhold til artikel 6. Bestemmelsen kræver, at der skal være tale om hensyn af samfundsmæssig art, hvilket bl.a. fremgår af Age Concern-sagen⁷⁰.

⁶⁹ For eksempler på flere EU-domme henvises til Karnovs note 5 til forskelsbehandlingslovens § 1

⁷⁰ EU-Domstolens dom af 5. marts 2009 i sag C-388/07, Age Concern England) mod Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform

Som det er gennemgået i afsnit 3.5 fastslår forskelsbehandlingslovens 5a, stk. 1, hovedreglen om at, at aftaler, der indebærer forskelsbehandling på grund af et af de beskyttede kriterier i forskelsbehandlingslovens § 1, er ugyldige. Da forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap blev indsat i loven i 2004 blev der samtidig med henvisning til beskæftigelsesdirektivet indsat bestemmelser i lovens § 5a, stk. 3-5, om særlige undtagelsesmuligheder i forhold til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. Lovændringen trådte i kraft den 28. december 2004.

De særlige undtagelsesregler om aldersgrænser kan oplistes som følgende:

- Aldersgrænser i kollektive aftaler og overenskomster, lovens § 5a, stk. 3 (se afsnit 4.2.2.2)
- Aldersgrænser i forhold til unge under 18 og 15 år, lovens § 5a, stk. 4 og stk. 5 (se afsnit 4.2.2.3)
- Aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, lovens § 6a (se afsnit 4.2.2.4)

Det bemærkes, at den tidligere aldersgrænse om pligtmæssig fratræden ved det fyldte 70. år, den såkaldte ”70 års-regel”, blev ophævet pr. 1. januar 2016. Dette er kort omtalt i afsnittet nedenfor.

4.2.2.1 Ophævelse af 70 års-reglen pr. 1. januar 2016

Den 1. januar 2016 blev 70-års reglen i forskelsbehandlingsloven ophævet, og individuelle aftaler om pligtmæssig fratræden ved det fyldte 70. år er dermed ugyldige. Dette gælder også de individuelle aftaler, der er indgået inden den 1. januar 2016.

Ændringen har medført, at det ikke længere er muligt at indgå individuelle eller kollektive aftaler om pligtmæssig fratræden, når medarbejderen fylder 70 år, og at allerede indgåede individuelle aftaler om pligtmæssig fratræden ved det fyldte 70. år er blevet ugyldige. Konsekvensen heraf er, at det ikke vil være sagligt – blot med henvisning til en medarbejders alder – at opsiges en medarbejder. Arbejdsgivere skal dermed behandle ældre medarbejderes ophør af arbejde som enhver anden medarbejders i relation til vurdering af sagligheden.

4.2.2.2 Aldersgrænser i kollektive aftaler og overenskomster

Ophævelsen af 70 års-reglen har ikke ændret ved forskelsbehandlingslovens særlige bestemmelse i § 5a, stk. 3, hvorefter gældende aldersgrænser fastsat i kollektive aftaler og overenskomster kan opretholdes, fordi de er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret. Som nævnt ovenfor trådte bestemmelsen i kraft den 28. december 2004.

I forhold til forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 3, er det en forudsætning for at anvende bestemmelsen at der er tale om aldersgrænser som er ”objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret”. Det fremgår af § 5a, stk. 3, at:

”Uanset bestemmelsen i stk. 1 er loven ikke til hinder for opretholdelsen af gældende aldersgrænser fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive aftaler og overenskomster, forudsat at disse aldersgrænser er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.”

Bestemmelsen forudsætter således at der foretages en proportionalitetsvurdering.

EU-Domstolen har bl.a. i to sager taget stilling til om en forskelsbehandling på grund af alder var i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet. Disse sager har betydning for forståelsen og anvendelsen af bl.a. forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 3.

Mangold-sagen⁷¹ fra 2005, var den første sag, hvori EU-Domstolen tog stilling til indholdet af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. EU-Domstolen fastslog, at EU-retten, og navnlig beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, der som hovedregel forbyder arbejdsgivere at indgå en tidsbegrænset ansættelseskontrakt uden objektiv grund hertil. I den konkrete sag var der tale om, at der kunne indgås tidsbegrænsning af ansættelseskontrakter, når arbejdstageren var fyldt 52 år, uden at arbejdsgiveren skulle påvise en objektiv grund hertil.

Dommen i Mangold-sagen fastslog endvidere, at det påhviler den nationale domstol at sikre den fulde virkning af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder ved at undlade at anvende en modstridende bestemmelse i national lovgivning, også selv om fristen for direktivets gennemførelse endnu ikke var udløbet.

Mangold-sagen (2005)

Kort om sagen: Sagen vedrørte bl.a. spørgsmålet om hvorvidt det var foreneligt med forbuddet mod forskelsbehandling at man i Tyskland havde en national lovgivning der uden begrænsninger tillod indgåelse af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter blot medarbejderen var fyldt 52 år, medmindre der i nær tidsmæssig sammenhæng hermed var indgået en tidsbegrænset ansættelseskontrakt mellem de samme parter.

EU-Domstolens afgørelse: I dommen blev det fastslået, at den tyske bestemmelse var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder. EU-Domstolen konkluderede at den pågældende lovgivning havde til formål at fremme beskæftigelsen for ældre medarbejdere, idet denne gruppe af medarbejdere traditionelt havde betydelige vanskeligheder ved at finde ny beskæftigelse. Dette fandt EU-Domstolen var et lovligt formål. Ved vurderingen af om den tyske lovgivning var hensigtsmæssig og nødvendig, fastslog EU-Domstolen indledningsvis at medlemsstaterne i så henseende utvivlsomt rædede over en vid skønsmargin ved valget af hvilke foranstaltninger der kan opfylde deres mål på området for socialpolitik og beskæftigelse. EU-Domstolen lagde vægt på, at der for alle andre medarbejdere under 52 år gjaldt et forbud mod tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, samt at arbejdsgiveren ikke skulle påvise nogen objektiv grund til en tidsbegrænsning, når medarbejderen var fyldt 52 år. På den baggrund fandt EU-Domstolen, at lovgivningen må anses for at gå ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det mål, der forfølges. Dommen nævner, at proportionalitetsprincippet indebærer, at enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst muligt omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål.

I en anden sag⁷² fandt EU-Domstolen ikke, at en direkte forskelsbehandling på grund af alder var i strid med beskæftigelsesdirektivet. Sagen vedrørte, hvorvidt en bestemmelse om tvungen pensionering i en kollektiv overenskomst måtte anses for gyldig i en situation hvor den eneste betingelse i spansk ret for en sådan bestemmelses anvendelse var at medarbejderen havde nået den aldersgrænse for at kunne gå på pension der i den nationale lovgivning var fastsat til 65 år, og medarbejderen i øvrigt opfyldte betingelserne for at opnå en ret til arbejdsophørspension baseret på bidragsbetaling.

EU-Domstolen konkluderede ud fra bl.a. oplysninger om baggrunden for bestemmelsen at tiltaget havde til formål at regulere det nationale arbejdsmarked bl.a. med henblik på at afskaffe arbejdsløsheden, og at dette var et lovligt formål. Ved vurderingen af om den spanske lovgivning var hensigtsmæssig og nødvendig, fastslog EU-Domstolen indledningsvis med henvisning til Mangold-dommen, at medlemsstaterne og i givet fald arbejdsmarkedets parter på nationalt plan råder over en vid skønsmargin ved valget af ikke blot hvilket bestemt formål blandt andre man ønsker at forfølge på området for socialpolitik og beskæftigelse, men også ved valget af hvilke foranstaltninger der kan opfylde det.

Der er også en række andre EU-domme, som viser, at EU-Domstolen foretager en streng vurdering af, om forskelsbehandlingen er proportional.⁷³

På baggrund af EU-Domstolens praksis synes der dermed at være en generel tendens til, at EU-Domstolen går ganske langt i retning at acceptere årsager til forskelsbehandling som legitime (sagligt begrundet). Der-

⁷¹ EU-Domstolens afgørelse af 22. november 2005 i sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Hein

⁷² EU-Domstolens afgørelse af 16. oktober 2007 i sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA.

⁷³ For eksempler på flere EU-domme henvises til Karnovs note 5 til forskelsbehandlingslovens § 1

imod er der en generel tendens, der viser, at EU-Domstolen er ganske hård i vurderingen af, om de benyttede midler er hensigtsmæssige, og om de går længere end nødvendigt (proportionalitetsvurderingen).

Af eksempler på domme fra dansk retspraksis, som også bekræfter ovenstående, kan bl.a. nævnes en nyere Højesteretsdom fra 2016⁷⁴ om lovligheden af en lavere overenskomstmæssig aflønning af medarbejdere under 25 år.

Højesterets dom af 16. juni 2016, sag 154/2015 (lavere aflønning af unge mellem 18 og 25 år)

Kort om sagen: En medarbejder, der blev aflønnet med det mindre løntillæg, fordi han var 18 år og under SU-berettiget uddannelse, gjorde gældende, at aflønningen var i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod aldersdiskrimination og med det grundlæggende EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination.

Sagen angik, hvorvidt der var tale om aldersdiskrimination, når der i en overenskomst var givet mulighed for et mindre løntillæg til unge under uddannelse mellem 18-25 år, som ikke arbejdede mere end 15 timer pr. uge, end tillægget for øvrige medarbejdere over 18 år.

Højesterets afgørelse: Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens dom af de grunde, som Sø- og Handelsretten havde anført, herunder, at:

- bestemmelsen i overenskomsten indebar direkte diskrimination, idet overenskomstens bestemmelse var begrænset til alene at vedrøre unge medarbejdere under uddannelse under 25 år.
- at overenskomstens bestemmelse var omfattet af undtagelsen i forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 3, idet aldersgrænsen i overenskomsten måtte anses for at være objektivt og rimeligt begrundet i det legitime formål at fremme den erhvervsmæssige integration af unge under 25 år under uddannelse.
- at der ikke var grundlag for at fastslå, at bestemmelsen gik videre end nødvendigt for at opnå det anførte formål.

Højesterets dom viser, at som udgangspunkt må en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle medarbejdere med hensyn til løn- og arbejdsvilkår, når denne forskelsbehandling er begrundet i medarbejdernes alder. En sådan forskelsbehandling kan imidlertid opretholdes i medfør af forskelsbehandlingsloven, når aldersgrænserne er fastsat i eller aftalt i henhold til kollektive overenskomster, forudsat, at aldersgrænserne er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Desuden fastslår dommen også, som anført ovenfor, at arbejdsmarkedets parter ifølge EU-Domstolens praksis råder over en vid skønsmargin ved valget af, hvilke socialpolitiske og beskæftigelsesmæssige formål man ønsker at forfølge, og hvordan dette skal ske i forbindelse med fastsættelsen af aldersgrænser i kollektive overenskomster.

4.2.2.3 Aldersgrænser i forhold til ungarbejdere

4.2.2.3.1 Unge under 18 år

Det følger af forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 4, at:

”Uanset bestemmelsen i stk. 1 er loven ikke til hinder for bestemmelser i kollektive aftaler og overenskomster om særlige regler for aflønning af unge under 18 år. Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder med hensyn til ansættelse, lønvilkår og afskedigelse finder ikke anvendelse for lønmodtagere under 18 år, hvis ansættelse er omfattet af en kollektiv overenskomst, der indeholder særlige regler om aflønning af unge under 18 år.”

Bestemmelsen er udtryk for, at arbejdsmarkedets parter kan, ved kollektive overenskomster, aftale forskelsbehandling af unge under 18 år i relation til ansættelse, lønvilkår og afskedigelse. Det kan dermed i overenskomster fastsættes, at unge under 18 år alene og direkte på grund af deres alder, får en lavere løn end voksne medarbejdere med tilsvarende arbejdsopgaver, og at ungarbejdere bliver afskediget, når de fylder 18 år. Der

⁷⁴ U.2016.3281H

må ikke aftales forskelsbehandling i forhold til andre ansættelsesvilkår, og selv om loven ikke er til hinder for en afskedigelse på grund af alder, kan afskedigelsen være usaglig af andre årsager, f.eks. på grund af forskelsbehandling på grund af køn (ligebehandlingslovens beskyttelse).

Bestemmelsen betyder endvidere, at uorganiserede virksomheder, der ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst, ikke må give unge en lavere løn end ansatte over 18 år. Virksomhederne må heller ikke lægge vægt på medarbejdernes alder, når de ansætter eller afskediger.

Højesteret har desuden vurderet, at bestemmelsen om unge under 18 år er lovlig i forhold til det bagvedliggende direktiv. Det fremgår af en principiel sag om forskelsbehandling af unge under 18 år, den såkaldte Irma-sag⁷⁵, hvor Højesteret skulle tage stilling til, om forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 4, var i strid med EU-retten. Højesteret kom i sin afgørelse frem til, at ulige vilkår i overenskomst med hensyn til aflønning og afskedigelse af unge under 18 år var ikke i strid med beskæftigelsesdirektivet.

Højesterets dom af 14. november 2013, sag 185/2010 (Irma-sagen)

Kort om sagen: En ung medarbejder på 16 år arbejdede som servicemedarbejder i Irma i Roskilde. Den unge medarbejder blev aflønnet i overensstemmelse med en overenskomst indgået mellem Irma A/S og HK Handel. På vegne af den unge medarbejder i gjorde HK gældende, at den særlige aflønning af unge under 18 år var aldersdiskriminerende, og at den unge mand derfor havde krav på den løn, der betales til ufaglærte voksne medarbejdere.

Højesterets afgørelse: Højesteret afgjorde, at afskedigelse af den unge medarbejder ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven. I sin afgørelse henviser Højesteret til relevant praksis fra EU-Domstolen, herunder, at den direkte forskelsbehandling af en 18-årig medarbejder var objektivt og rimeligt begrundet i legitime formål, nemlig at fremme unges erhvervsmæssige integration, i henhold til beskæftigelsesdirektivets art. 6, stk. 1. Højesteret stadfæstede dermed landsrettens afgørelse om, at man gerne må behandle unge under 18 år, der er omfattet af en overenskomst, ulige med hensyn til løn og afskedigelse.

Dommen i Irma-sagen giver dermed også udtryk for, at arbejdsmarkedets parter er overladt en betydelig handlefrihed til at fastlægge løn- og ansættelsesforhold i kollektive overenskomster.

Hvis arbejdsgiveren er omfattet af en kollektiv overenskomst, som indeholder særlige regler om aflønning af unge under 18 år, betyder det altså, at arbejdsgiveren kan:

- annoncere efter unge under 18 år,
- foretrække unge 18 år ved ansættelse,
- anvende særlige lønbestemmelser, og at
- de kan afskediges, når de fylder 18 år.

En arbejdsgiver har dermed ikke adgang til på egen hånd lovligt at udøve forskelsbehandling på grund af alder. Arbejdsgiveren kan dermed kun henholde sig til at forskelsbehandle i henhold til eventuelle bestemmelser i kollektive overenskomster.

Det er endvidere ikke tiltrækkeligt, at arbejdsgiveren *følger* en overenskomst. Arbejdsgiveren skal være *omfattet* af overenskomsten for at kunne anvende undtagelsesbestemmelsen.

4.2.2.3.2 Unge under 15 år

Det følger af forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 5, at:

”Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder med hensyn til ansættelse, lønvilkår og afskedigelse finder ikke anvendelse for unge under 15 år, hvis ansættelse ikke er reguleret af en kollektiv overenskomst.”

⁷⁵ U.2014.470H

Forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 5, indebærer dermed, at en arbejdsgiver må – modsat ovenfor i stk. 4 - forskelsbehandle unge under 15 år med hensyn til ansættelse, løn vilkår og afskedigelse, selv hvis ansættelsen ikke er reguleret af kollektiv overenskomst.

Det skal hertil bemærkes, at modsat forskelsbehandlingslovens § 5a, stk. 4, har § 5a, stk. 5 endnu ikke været retligt prøvet i forhold til, om reglen er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet.

4.2.2.4 Aldersgrænser i forhold til adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger m.v.

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 6a, som svarer til ordlyden i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 2, jf. afsnit 4.2.2, at:

”Uanset §§ 2-5 er denne lov ikke til hinder for fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger eller for anvendelse af alderskriteriet i aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger. Anvendelsen af alderskriteriet må ikke medføre forskelsbehandling på grund af køn.”

Af lovbemærkningerne⁷⁶ til bestemmelsen, fremgår det, at erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger omfatter bl.a. arbejdsmarkedspensionerne og tjenestemandspensionerne. Erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger omfatter f.eks. både de overenskomstbaserede pensionsordninger og de firmaaftalte pensionsordninger, uanset om de er frivillige eller obligatoriske. Derudover er det ikke ualmindeligt at alderskriteriet ligeledes anvendes til aktuarberegninger inden for rammerne for ordningerne. Dette er ligeledes forudsat i direktivbestemmelsens formulering.

I den forbindelse er det relevant at fremhæve en dom⁷⁷, hvor Højesteret tog stilling til, om en pensionsordning med aldersgraduering er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i forskelsbehandlingslovens § 2.

Sagen angik et krav om godtgørelse og erstatning fra en medarbejder mod en arbejdsgiver, Experian A/S, der påberåbte sig, at en pensionsordning som følge af aldersgraderede pensionsbidrag fra Experian A/S var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Højesteret skulle således tage stilling til, om arbejdsgiverens pensionsordning med aldersgraderede pensionsindbetalinger var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i forskelsbehandlingsloven § 2, eller om den omfattedes af undtagelsesbestemmelsen i lovens § 6a, således som denne bestemmelse må fortolkes i lyset af EU-beskæftigelsesdirektivets artikel 6.⁷⁸

Højesteret kom frem til, at arbejdsgivere gerne må give deres medarbejdere forskellig pension, afhængig af deres alder. Dommen indebærer således, at aldersgraderede pensionsordninger er lovlige, hvis de:

- forfølger lovlige (saglige) formål,
- er egnede til at opfylde de lovlige formål, og
- er proportionale.

⁷⁶ Lovforslag nr. L92 folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 15

⁷⁷ Højesterets dom af 12. november 2015, sag 1/2015

⁷⁸ Undervejs forelagde Vestre Landsret to præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkning af beskæftigelsesdirektivets artikel 6.

4.2.3 Anciennitetsbestemte regler i funktionærloven

Da alderskriteriet blev implementeret i forskelsbehandlingsloven i 2004, blev forholdet til bl.a. funktionærloven⁷⁹ samtidig vurderet.

Funktionærlovens § 2a indeholdte frem til den 1. februar 2015 regler om fratrædelsesgodtgørelse til medarbejdere (funktionærer), der havde været ansat uafbrudt i den samme virksomhed i henholdsvis 12, 15 eller 18 år. Fratrædelsesgodtgørelsen kunne udgøre 1, 2 eller 3 måneders løn, men skulle ikke udbetales til de medarbejdere, der ved fratrædelsen ville kunne få folkepension, eller medarbejdere, som ved fratrædelsen ville kunne oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, hvis medarbejderen var indtrådt i denne før det fyldte 50. år, jf. den tidligere bestemmelses stk. 2 og 3.

Praksis var således, at retten til godtgørelse bortfaldt, uanset om medarbejderen valgte at stoppe eller fortsætte på arbejdsmarkedet. Denne fortolkning af funktionærlovens § 2a, stk. 3 (undtagelsen vedrørende alderspension fra arbejdsgiveren), underkendte EU-Domstolen den 12. oktober 2010 ved sin dom⁸⁰ i den såkaldte Ole Andersen-sag.

Ole Andersen-sagen (2010)

Kort om sagen: En medarbejder, Ole Andersen, blev i starten af 2006 opsagt fra sin stilling i Region Syddanmark, hvor han havde været ansat siden 1979. På fratrædelsestidspunktet var Ole Andersen 63 år, og valgte at melde sig ledig på arbejdsformidlingen, da han ikke ønskede at gå på pension. Ole Andersen gjorde efterfølgende krav på en fratrædelsesgodtgørelse på 3 måneders løn, da han havde været ansat i mere end 18 år. Dette krav afviste Region Syddanmark med henvisning til funktionærlovens § 2a, stk. 3, idet Ole Andersen kunne vælge at få udbetalt pension fra en arbejdsgiverbetalt pensionsordning. Ingeniørforeningen anlagde herefter sag på vegne af Ole Andersen. Det blev gjort gældende, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 er udtryk for ulovlig forskelsbehandling på grund af alder over for medarbejdere, der er ældre end 60, som er i strid med beskæftigelsesdirektivet. Vestre Landsret forelagde herefter dette spørgsmål for EU-Domstolen.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen fastslog, at § 2 a, stk. 3 var for vidtgående, idet retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, hvis blot den opsagte medarbejder havde mulighed for at overgå til arbejdsgiverbetalt alderspension og når dette således gjaldt, uanset om den pågældende medarbejder ønskede at benytte sig af muligheden for pension, eller om medarbejderen ønskede at fortsætte med at arbejde (i et andet job). Efter EU-Domstolens afgørelse betalte Region Syddanmark fratrædelsesgodtgørelsen til Ole Andersen.

EU-Domstolens afgørelse i Ole Andersen-sagen fra 2010 indebar således, at arbejdsgiver kun kunne undlade at udbetale fratrædelsesgodtgørelsen, hvis funktionæren også ophørte med at være aktiv på arbejdsmarkedet. Ellers ville der være tale om en overtrædelse af det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Funktionærlovens § 2a blev herefter ændret med virkning fra 1. februar 2015, så den danske retsstilling blev bragt i overensstemmelse med Ole Andersen-dommen.

Ved Højesterets dom af 17. januar 2014⁸¹, i en række lignende sager, der efterfølgende blev anlagt mod kommuner og regioner, blev det som konsekvens af EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen fundet nødvendigt at sondre mellem dem, som faktisk benyttede muligheden for at gå på pension, og dem som forfulgte en fortsat erhvervsmæssig karriere, hvilket betød, at hver sag måtte afgøres konkret.⁸²

I december 2016 afsagde Højesteret en principiel dom i den såkaldte Ajos-sag⁸³, som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt boet efter en medarbejder (funktionær) havde ret til fratrædelsesgodtgørelse fra medarbejderens

⁷⁹ Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 03/02/2009

⁸⁰ EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark på vegne af Ole Andersen mod Region Syddanmark

⁸¹ Højesterets dom af 17. januar 2014, sag 186/2012 og 96/2013 m.fl., U.2014.1119H

⁸² Mens danske domstole behandlede de konkrete sager om funktionærlovens § 2a, stk. 3 (alderspension), blev en anden sag i 2013 indbragt for EU-Domstolen vedrørende undtagelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 2 (folkepension), jf. EU-Domstolens dom af 26. februar 2015 i sag C-515/13, som ikke omtales videre i nærværende vejledning.

⁸³ U.2017.824H

tidligere arbejdsgiver, Ajos A/S. I sagen ønskede den afskedigede medarbejder ikke at gå på pension, men i overensstemmelse med fast retspraksis afviste arbejdsgiveren at betale fratrædelsesgodtgørelse, da medarbejderen havde mulighed for at gå på pension.

Ole Andersen-sagen vedrørte samme problemstilling som Ajos-sagen, men Ole Andersen-sagen angik en tvist mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver (Region Syddanmark) og altså ikke to private parter. I Ajos-sagen ønskede medarbejderen således, at en privat arbejdsgiver skulle betale fratrædelsesgodtgørelse, selvom det ikke var i overensstemmelse med fortolkningen af dansk ret.

Højesterets dom af 6. december 2016, sag 15/2014 (Ajos-sagen)

Kort om sagen: En medarbejder havde været ansat i en privat virksomhed, Ajos A/S, i næsten 25 år. Inden det fyldte 50. år, var medarbejderen indtrådt i en pensionsordning, der gav ham ret til alderspension fra arbejdsgiveren. I 2009 blev medarbejderen opsagt i en alder af 60 år. Medarbejderen fik herefter et nyt arbejde og aktiverede ikke sin alderspension. Ajos A/S udbetalte ikke fratrædelsesgodtgørelse, da fratrædelsesgodtgørelsen efter den dagældende funktionærlovs § 2 a, stk. 3 bortfaldt, hvis funktionæren ved fratrædelsen ville oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren var indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år. Højesteret har i tidligere afgørelser fastslået, at funktionæren mister fratrædelsesgodtgørelsen, uanset om funktionæren rent faktisk går på pension eller ej.

Under henvisning til afgørelsen i Ole Andersen-sagen, hvor det blev anset for forskelsbehandling på grund af alder, at der under sådanne omstændigheder ikke blev betalt fratrædelsesgodtgørelse, anlagde boet efter medarbejderen sag mod den tidligere arbejdsgiver, Ajos A/S.

Under sagens behandling stillede Højesteret spørgsmål til EU-Domstolen, som besvarede disse ved dom af 19. april 2016 (C-441/14).

Højesterets afgørelse: Højesteret fastslog bl.a., at den tidligere arbejdsgiver Ajos A/S kunne støtte ret på den tidligere bestemmelse i funktionærlovens § 2a, stk. 3. På den baggrund frifandt Højesteret arbejdsgiveren for at betale fratrædelsesgodtgørelse. Højesteret valgte således ikke at følge EU-Domstolens afgørelse, hvori EU-Domstolen, bl.a. fastslog, jf. ovenfor, at det følger af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, at arbejdsgiveren skal betale fratrædelsesgodtgørelsen, uanset om lønmodtageren har nået en alder, hvor denne kan gå på pension. Sø- og Handelsretten var nået til det modsatte resultat.

I forbindelse med sin behandling af sagen bad Højesteret EU-Domstolen om at tage stilling til, om Højesterets fortolkning af den tidligere § 2a i funktionærloven er i strid med det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

EU-Domstolen besvarede spørgsmålet i sin dom af 19. april 2016 (C-441/14)⁸⁴ ved at fastslå:

- at den nationale ret i videst muligt omfang skal fortolke den nationale bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten,
- at den nationale ret, hvis det er muligt, må ændre sin retspraksis, så den er i overensstemmelse med EU-retten, og
- at det følger af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, at arbejdsgiveren skal betale fratrædelsesgodtgørelsen, uanset om lønmodtageren har nået en alder, hvor denne kan gå på pension.

Højesteret udtalte herefter, at afgørelsen beror på, om det er muligt at fortolke de dagældende regler i funktionærloven på en måde, der er i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning af beskæftigelsesdirektivet i Ole Andersen-sagen, og at dette eventuelt kan ske ved hjælp af reglerne i forskelsbehandlingsloven, der er fastsat for at gennemføre beskæftigelsesdirektivet. Hvis det ikke er muligt, beror afgørelsen på, om et EU-retligt princip om forbud om forskelsbehandling på grund af alder fører til, at private arbejdsgivere ikke kan støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

⁸⁴ EU-Domstolens dom af 19. april 2016 i sag C-441/14, Dansk Industri (DI), som mandatar for Ajos A/S mod boet efter Karsten Eigil Rasmussen

I forhold til fortolkning af funktionærloven udtalte Højesteret, at der foreligger en klar retstilstand i forhold til funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og at det ikke var muligt at anlægge en fortolkning, der kunne bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen. Herudover bemærkede Højesteret, at der ikke er grundlag for at anvende forskelsbehandlingsloven § 1 med forrang for funktionærloven § 2 a, stk. 3, da lovgivningsmagten ved indførelsen af beskæftigelsesdirektivets regler lagde til grund, at direktivet ikke ville medføre behov for ændringer af funktionærloven § 2 a, stk. 3. På den baggrund fastslog Højesteret, at der forelå en ”mod loven” (”contra legem”) situation, hvorfor det ikke var muligt at fortolke den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 2 i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet.

I forhold til det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udtalte et flertal på otte af Højesterets ni dommere i sagen, at spørgsmålet om, hvorvidt en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror på loven om Danmarks tiltrædelse af EU (tiltrædelsesloven). Højesteret (flertallet) konkluderede, at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til at lade det uskrivne princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, når tvisten omhandler private parter. Hvis Højesteret skulle undlade at anvende bestemmelsen, ville Højesteret handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt. Ajos blev herefter frikendt.

4.3 Religion og tro

Forskelsbehandlingsloven forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af religion eller tro. Kriteriet ”religion” indgik allerede i den oprindelige forskelsbehandlingslov fra 1996 som et beskyttet kriterium.⁸⁵ Ved en lovændring i 2004 blev kriteriet ”tro” indsat i forskelsbehandlingsloven.⁸⁶ Lovforslaget gennemførte direktivet om etnisk ligebehandling og dele af beskæftigelsesdirektivet.

I forarbejderne fra lovændringen i 2004 fremgår det, at kriteriet ”religion” beskytter tilhørsforhold til en anerkendt religion/trosretning.⁸⁷ Foruden den danske folkekirke, vil der f.eks. kunne være tale om Dansk Islamiske Trossamfund, Den Katolske Kirke, Baptistkirken, Det Jødiske Samfund, Mormonkirken, Pinsebevægelsen og Jehovas Vidner. Disse trossamfund er opført på Kirkeministeriets hjemmeside (www.km.dk). Retspraksis har i flere tilfælde anerkendt Jehovas Vidner som omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttede kriterium ”religion”, og i en byretsdom fra 2010 er en apostolsk frimenighedspræst også blevet betragtet som omfattet af loven.

I modsætning til kriteriet ”religion”, dækker kriteriet ”tro” et bredere område. Formålet med tilføjes af ”tro” har været at ”sikre mod forskelsbehandling på grund af en nærmere defineret overbevisning, som noget mere og andet end beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af bekendelse til en bestemt (anerkendt) religion.”⁸⁸ Kriteriet beskytter således tilhørsforhold til en nærmere defineret overbevisning eller trosretning, som rækker videre end de anerkendte religioner. Det skal dog hertil bemærkes, at hvis denne tro ”hviler på et ulovligt grundlag eller bevirker udførelsen af ulovlige handlinger”, så ydes der ikke beskyttelse mod forskelsbehandling.

⁸⁵ Det oprindelige lovforslag tog bl.a. sigte på effektivt at gennemføre ILO-konvention nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, samt FN’s konvention om racediskrimination. Forslaget var derfor stort set begrænset til at omfatte de kriterier, der er nævnt i disse to konventioner, nemlig forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion, politisk anskuelse eller national, social eller etnisk oprindelse.

⁸⁶ Lov nr. 253 af 7. april 2004

⁸⁷ Lovforslag nr. L40, folketingsåret 2003-04, specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

⁸⁸ Lovforslag nr. L40, folketingsåret 2003-04, specielle bemærkninger til § 1, nr. 2

EU-Domstolen og de danske domstole har i flere afgørelser taget stilling til spørgsmålet om forskelsbehandling på grund af religion og tro, som gennemgås nedenfor.

4.3.1 Udøvelse af religion på arbejdspladsen

Krav om godtgørelse som følge af forskelsbehandling på grund af religion er ikke lige så hyppige som krav om godtgørelse som følge af alder og handicap, jf. afsnit 4.1 og 4.2 og nærmere om godtgørelse i afsnit 7.2. I forskelsbehandlingsloven gælder der ikke et udtrykkeligt krav om at arbejdsgiveren skal rumme medarbejderens særlige religiøse skikke på arbejdspladsen, men arbejdsgiverens afvisning heraf kan udgøre både indirekte og direkte forskelsbehandling.

4.3.1.1 Beklædningsreglementer

Mange virksomheder har fastsat regler om medarbejdernes beklædning, når de er på arbejde. Det er ikke forskelsbehandlingslovens hensigt at ændre på, at arbejdsgiveren gennem ledelsesretten⁸⁹ kan fastsætte regler på dette område. Det er derfor tilladt for arbejdsgiveren at fastsætte krav om at bære uniform, eller en anden bestemt beklædning på arbejdspladsen, hvis dette er en del af virksomhedens præsentation/image udadtil, og det er et konsekvent krav, der stilles over for alle ansatte i samme stillinger.

Krav om at bære uniform på arbejdspladsen er dog et spørgsmål, der alligevel har skabt en del debat igennem årene, da regler om beklædning kan kollidere med hensynet til en medarbejders religion. Derfor har der både for de danske domstole og EU-Domstolen været rejst sager, som vedrører muslimske kvinder, der i strid med deres arbejdsgivers anvisninger har ønsket at bære hovedbeklædning.

I forhold til nærværende vejledning er det således relevant at adressere problemstillingen, om en arbejdsgiver kan stille krav om, at de ansatte ikke bærer religiøst betinget hovedbeklædning på arbejdspladsen.

Først og fremmest findes der ingen fast definition af arbejdstøj og uniform, hvorfor det kan være alt fra et slips eller en skjorte til fuld uniform eller beskyttelsesdragt og særligt fodtøj. Der kan være flere grunde til, at man på en arbejdsplads kræver, at de ansatte skal bære uniform, f.eks. at kunderne skal kunne genkende de ansatte, eller at de ansatte skal udstråle et bestemt image. Hensyn til hygiejne og/eller sikkerhed kan også være en begrundelse for at kræve, at de ansatte bærer uniform.

I forhold til saglighed, er det en betingelse, at uniformskravet omfatter alle, der udfører den samme funktion. Hvis uniformskravet kun gælder for en bestemt gruppe af medarbejdere, kan det være forskelsbehandling. Arbejdsgiveren skal være opmærksom på, at selv om kravet om at bære uniform omfatter alle, der udfører den samme funktion, kan et uniformskrav virke indirekte diskriminerende og i strid med loven, hvis der ikke foreligger saglighed og proportionalitet. Dette bliver uddybet i det følgende.

Af forarbejderne til den oprindelige forskelsbehandlingslov fremgår følgende:

”Det vil ligeledes være indirekte diskrimination, hvis en arbejdsgiver stiller krav til påklædning, fremtoning m.v., som kun rammer visse grupper. Det vil fortsat være tilladt at kræve, at de ansatte bærer uniform eller en bestemt beklædning, hvis dette er en del af virksomhedens præsentation udadtil, og hvis det er et konsekvent krav, der stilles til alle ansatte i samme stillinger.”

⁸⁹ Ledelsesretten er en almen grundsætning, der gælder for alle ansættelsesforhold uden særlig aftale og som betegner den relation, der er mellem en arbejdsgiver og medarbejder, der hviler på en aftale, hvor arbejdsgiveren mod betaling råder over medarbejderens arbejdsydelse. Ledelsesretten giver bl.a. arbejdsgiveren hjemmel til at opstille ordensmæssige forskrifter for stort og småt på arbejdspladsen og skal udøves på saglig vis.

Dette omfatter således især forretninger, der kræver at de ansatte skal bære forretningens tøj og franchise-virksomheder, hvor det er en del af deres præsentation udadtil, at de ansatte er klædt på en bestemt måde. Det vil derimod stride mod loven, hvis en virksomhed udarbejder et reglement, som alene forbyder de ansatte at bære tørklæde eller turban, men som i øvrigt stiller de ansatte frit med hensyn til beklædning. Tilsvarende fremgår det af forarbejderne til ændringsloven fra 2004, hvor kriteriet ”tro” blev indsat i forskelsbehandlingsloven, at:

”Beklædningskrav kan på samme måde være udtryk for indirekte forskelsbehandling, hvis en arbejdsgivers krav til de ansattes påklædning, fremtoning m.v. fortrinsvis rammer visse etniske grupper. Det er imidlertid ikke nødvendigvis udtryk for ulovlig indirekte forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver kræver, at de ansatte bærer uniform eller en bestemt beklædning, hvis dette er en del af virksomhedens præsentation udadtil, og hvis dette krav stilles konsekvent til alle ansatte i samme stillinger/stillingskategori. I det hele svarer forslaget også på dette punkt til retsstillingen efter den gældende lov.”⁹⁰

På baggrund af forarbejderne til den oprindelige forskelsbehandlingslov og ændringsloven kan det således konkluderes, at en arbejdsgivers beklædningskrav er sagligt begrundet, hvis det er en del af virksomhedens ansigt udadtil, at de ansatte skal bære uniform eller en bestemt beklædning, og hvis det er et konsekvent krav, der stilles til alle ansatte i samme stillinger.

Spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver kan kræve, at en medarbejder ikke bærer religiøst betinget hovedtørklæde på arbejdspladsen, har været prøvet ved de danske domstole. Særligt skal dommene i Føtex-sagen⁹¹ og Magasin-sagen⁹² fremhæves, da disse to domme netop illustrerer, hvad der skal til for, at en arbejdsgiver må afskære en lønmodtager fra at bære religiøst betinget tørklæde. Samtidig gør dommene spillereglerne på arbejdsmarkedet klart for lønmodtageren.

Højesterets dom af 21. januar 2005, sag 22/2004 (Føtex-sagen)

Kort om sagen: Sagen handlede om en kvindelig medarbejder, der i 1996 blev ansat i et supermarked (Føtex) med henblik på kundebetjening. Føtex havde et beklædningsreglement, hvorefter de ansatte skulle bære den beklædning, de fik udleveret. Det indebar bl.a. krav om delvis uniformering i visse tilfælde med kasket eller anden bestemt hovedbeklædning. Endvidere var det tilføjet i en medarbejderpjece, at på alle områder, hvor der ikke var krav om en bestemt hovedbeklædning, var det en del af uniformskravet, at medarbejdere, der havde direkte kundekontakt, ikke bar hovedbeklædning. Føtex's beklædningsregler var begrundet i et ønske om at fremstå som en politisk og religiøs neutral virksomhed. Reglerne var ens for alle i samme stilling og blev håndhævet konsekvent. Medarbejderen meddelte i 2001, at hun fremadrettet ville bære hovedtørklæde (hijab) af religiøse grunde i strid med beklædningsreglerne. Da medarbejderen nægtede at overgå til en anden stilling på lageret, hvor det var tilladt at bære hovedtørklæde, blev hun til sidst bortvist.

Højesterets afgørelse: Højesteret fandt, at Føtex's beklædningsregler i særlig grad ramte den del af de muslimske kvinder, som af religiøse årsager bærer hovedtørklæde, men at der ikke efter forskelsbehandlingslovens forarbejder foreligger en ulovlig indirekte forskelsbehandling, såfremt de regler, der medfører forskelsbehandlingen er objektivt begrundet i hensyn til arbejdets udførelse.

Derfor slog Højesteret fast, at det ikke var ulovlig indirekte forskelsbehandling at nægte en ansat at bære religiøst begrundet hovedtørklæde, fordi virksomheden havde en skriftlig formuleret personalepolitik, der klart beskrev beklædningsreglementet, og som arbejdsgiveren konsekvent håndhævede. Formålet med reglementet var at fremstå som en politisk og religiøs neutral virksomhed, hvor medarbejderne fremtræder ens og neutrale.

Som det fremgår af dommen i Føtex-sagen henviste Højesteret til forskelsbehandlingslovens forarbejder i forhold til at fremhæve et eksempel på en indirekte forskelsbehandling, der ikke er ulovlig. Højesteret henviste således til forarbejderne, som er citeret ovenfor. Højesteret fandt, at lovgiver herved har foretaget en af-

⁹⁰ Lovforslag nr. L40, folketingsåret 2003-04, specielle bemærkninger til § 1, stk. 3

⁹¹ U.2005.1265H

⁹² U.2000.2350Ø

vejning af hensynet til en arbejdsgiver, der kræver uniform eller bestemt beklædning, over for hensynet til en ansat, som af religiøse grunde ikke kan opfylde beklædningsreglerne.

På den baggrund fandt Højesteret, at håndhævelsen (bortvisningen) over for medarbejderen af det forbud mod at bære hovedbeklædning sammen med den foreskrevne medarbejderbeklædning, der gjaldt for ansatte i Føtex med direkte kundekontakt, ikke var udtryk for ulovlig indirekte forskelsbehandling. Endvidere fandt Højesteret ikke grundlag for at anse håndhævelsen af forbuddet for stridende mod menneskerettighedskonventionens artikel 9 (retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed) efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.

Det er hertil vigtigt at understrege, at hver sag beror på en konkret vurdering, som naturligvis løbende skal tilpasses samfundsudviklingen.

Det bemærkes endvidere, at Føtex-sagen er et eksempel på, at der var tale om en arbejdsplads, hvor der forelå en klar beklædningsvejledning. Til forskel herfra forelå der en uklar beklædningsvejledning i den såkaldte Magasin-sag:

Østre Landsrets dom af 10. august 2000 (Magasin-sagen)

Kort om sagen: Sagen drejede sig om en folkeskoleelev, der var erhvervspraktikant i Magasin. Under henvisning til forretningens almindelige beklædningsvejledning blev pigen bortvist fra Magasin, da hun fremmødte med hovedtørklæde og nægtede at tage det af. Efter det oplyste i sagen havde Magasins beklædningsvejledning til formål at fremhæve forretningens profil og image.

Landsrettens afgørelse: Under hensyn til, at afvisningen skete i henhold til forretningens almindelige beklædningsvejledning gældende for alle ansatte i kundevendte afdelinger samt til lovens formål og anførte motivudtalelser, der lægger op til en vid fortolkning af anvendelsesområdet, fandt landsretten, at et begivenhedsforløb som det i sagen foreliggende er omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelsesregler.

Landsretten fandt, at bortvisningen af pigen var usaglig. Begrundelsen var, at beklædningsvejledningen var løst formuleret, fordi der blot stod, at ansatte i kundevendte områder skulle være forretningsmæssigt og pænt påklædt. Magasin stillede altså ikke krav om, at de ansatte skulle bære uniform, men forventede, at de ansatte skulle klæde sig, så det passede i forhold til den afdeling, hvis kunder de skulle betjene.

Som det fremgår af det skitserede var Magasins beklædningsvejledning afgørende for landsrettens afgørelse i forhold til at vurdere bortvisningens saglighed. Efter det oplyste i sagen havde beklædningsvejledningen, der blev anvendt i forbindelse med en mundtlig instruktion, til formål at fremhæve forretningens profil og image, og det stod i vejledningen, at ansatte i kundevendte afdelinger skulle være forretningsmæssigt og pænt påklædt.

Landsretten udtalte, at der ikke var foreskrevet en ensartet beklædning, men at det var forventningen, at de ansattes påklædning harmonerede med vareudbuddet i medarbejderens afdeling. I vejledningen var den ønskede påklædning bl.a. illustreret gennem en række fotos. Endelig udtalte landsretten, at det var oplyst, at forskrifterne blev håndhævet på en sådan måde, at det ikke var tilladt, at de ansatte bar hovedbeklædning.

Det forhold, at praktikanten alene blev bortvist, fordi hun med baggrund i sin religiøse overbevisning bar hovedtørklæde, fandt landsretten var udtryk for indirekte diskrimination af erhvervspraktikanten. Landsretten lagde herved vægt på, at håndhævelsen af beklædningsvejledningen typisk ville ramme en bestemt gruppe med samme religiøse baggrund som praktikanten. Landsretten fandt ikke, at Magasin havde påvist sådanne særlige forhold i virksomheden, der gjorde, at bortvisningen kunne anses for sagligt begrundet og henviste i øvrigt til, at beklædningsvejledningen havde en vis rummelig karakter. På den baggrund blev erhvervspraktikanten tildelt en godtgørelse på 10.000 kr.

Dommen i Føtex-sagen viser, at det ikke er i strid med forskelsbehandlingsloven, at en arbejdsgiver har et beklædningsreglement, hvorefter medarbejdere med kundekontakt skal bære uniform eller en bestemt be-

klædning, fordi arbejdsgiveren ønsker at fremstå som en religiøs og politisk neutral virksomhed, hvis det er en del af virksomhedens præsentation udadtil, og det er et konsekvent krav, der stilles til alle ansatte i samme stilling. Omvendt viser dommen i Magasin-sagen, at en arbejdsgiver ikke kan afvise en medarbejder, fordi den pågældende bærer hovedbeklædning, under henvisning til, at arbejdsgiveren har et generelt beklædningsreglement, der har en vis rummelig karakter, og som ikke indeholder krav om uniform eller en bestemt beklædning.

Også sikkerheds- og hygiejne hensyn kan begrunde, at en arbejdsgiver kan fastsætte et bestemt beklædningsreglement. Som eksempel herpå skal den såkaldte Toms-sag⁹³ fremhæves.

Østre Landsrets dom af 5. april 2001 (Toms-sagen)

Kort om sagen: Sagen omhandlede en medarbejder, som bar religiøst betinget hovedtørklæde. Hun deltog i et AMU-kursus med henblik på efterfølgende ansættelse i produktionen og pakning af chokolade m.v. hos Toms Fabrikker A/S. Som led i AMU-kurset skulle medarbejderen i praktik i to uger på Toms Fabrikker, hvor hun blev pålagt at anvende et tørklæde, som kunne dækkes af et hårnet. Medarbejderen afviste at bære et andet tørklæde under henvisning til sin religion. Som følge heraf deltog hun ikke i de to ugers praktik og kom ikke i betragtning til en ansættelse.

Landsrettens afgørelse: Landsretten fandt ikke, at arbejdsgiveren havde udøvet direkte forskelsbehandling. Landsretten henviste til, at det af lovens forarbejder fremgår, at en arbejdsgiver på baggrund af hensyn til bl.a. sikkerhed og hygiejne på arbejdspladsen kan fastsætte bestemte beklædningskrav, som de ansatte må følge. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der forelå ulovlig indirekte forskelsbehandling, udtalte landsretten, at det må afgøres ud fra en vurdering af sagens konkrete omstændigheder, om beklædningskravet er i strid med forskelsbehandlingslovens bestemmelser og formål, eller om kravet må anses for sagligt og proportionalt begrundet og administreret, så det er retsmæssigt både i forhold til lovens bestemmelser og EMRK.

I Toms-sagen var arbejdsgiverens beklædningsregler generelle og gjaldt for alle ansatte i produktionen. Landsretten fandt, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte arbejdsgiverens synspunkt om, at en ordning må være generel og ikke afhængig af individuel tilpasning, selv om sagen kunne have givet arbejdsgiveren anledning til mere konkret at overveje, om der kunne tilvejebringes en hovedbeklædning, der kunne imødekomme medarbejderens ønske, og som kunne indpasses i arbejdsgiverens hygiejne-, arbejds- og sikkerhedsmæssigt begrundede beklædningskrav. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at der ikke i øvrigt var fremsat ønsker om ændring af den fastsatte beklædningsinstruks fra den del af de ansatte i produktionen hos arbejdsgiveren, som havde anden etnisk baggrund end dansk.

På den baggrund fandt landsretten altså, at arbejdsgiverens beklædningskrav var sagligt begrundet og administreret, og at kravet om proportionalitet ikke konkret kunne medføre, at arbejdsgiverens beklædningskrav kunne anses for uretmæssigt. Derfor blev Toms Fabrikker frifundet.

Afgørelsen viser som nævnt, at beklædningskrav, der er begrundet i sikkerheds- og hygiejne hensyn er sagligt, og at arbejdsgiveren kan håndhæve det, hvis beklædningskravet er proportionalt begrundet og administreret.

Det skal hertil bemærkes, at Toms-sagen blev afsagt med dissens (2 mod 1), hvor mindretallet konkluderede, at Toms Fabrikker ikke havde opfyldt sin bevisbyrde for, at der har foreligget så tungtvejende hensyn til arbejdets forsvarlige udførelse, at de kan opveje den respekt, som hensynet til medarbejderens religionsudøvelse betinger.

Sagen blev anket til Højesteret, men blev hævet, da parterne indgik forlig. Forliget blev opnået ved, at Toms Fabrikker fik fremstillet en hovedbeklædning, der både dækker hoved og hals og samtidig lever op til de

⁹³ Østre Landsrets dom af 5. april 2001, sag B-0877-00.

krav til hygiejne og sikkerhed, som Toms Fabrikker er underlagt. Medarbejderen fik 30.000 kr. for sin medvirken til en afklaring af sagen.

Sagen medførte, at Toms Fabrikker tilbyder denne hovedbeklædning til alle medarbejdere i produktionen.

I forhold til sager fra EU-Domstolen, har der været to nyere afgørelser af hhv. 14. marts 2017⁹⁴ og 15. marts 2017⁹⁵, som skitseres nedenfor, hvori domstolen har taget stilling til, om en privat arbejdsgivers forbud mod, at medarbejdere bærer religiøst betinget hovedtørklæde på arbejdspladsen udgør forskelsbehandling. Det bemærkes, at EU-Domstolen ikke tidligere har taget stilling til afvejningen mellem på den ene side arbejdsgiverens ret til at fastsætte beklædningsreglementer og på den anden side medarbejderens ønske om at bære religiøse symboler. Disse to afgørelser fra 2017 er altså de første af sin slags.

Micropole-sagen (2017)

Kort om sagen: Sagen omhandler en kvindelig projektingeniør (Asma Bougnaoui) i en privat it-virksomhed, der gik med et religiøst hovedtørklæde. Ved ansættelsen præciserede arbejdsgiveren, at virksomheden respekterede projektingeniørens religionsfrihed, men at hun ikke måtte bære hovedtørklæde, når hun havde intern og ekstern kontakt med virksomhedens kunder. En kunde klagede senere over, at projektingeniøren bær hovedtørklæde i forbindelse med et kundebesøg. Da projektingeniøren under en efterfølgende samtale nægtede at efterleve reglen om ikke at bære hovedtørklæde ved kontakt med kunder, blev hun afskediget.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen fastslog, at det tilkommer den nationale domstol at undersøge, om afskedigelsen af projektingeniøren var begrundet i manglende overholdelse af en intern regel om forbud mod bære synlige symboler på politiske, filosofiske eller religiøse overbevisninger, og om denne regel reelt stillede personer med en bestemt religion eller tro særlig ufordelagtigt.

EU-Domstolen udtalte, at hvis dette var tilfældet, må det konkluderes, at der foreligger en indirekte behandling på grund af religion eller tro, og at det tilkommer den nationale domstol at efterprøve, om denne indirekte forskelsbehandling kan legitimeres. Endvidere udtalte EU-Domstolen, at såfremt afskedigelsen ikke er begrundet i en intern regel, skal det undersøges, om en arbejdsgiveres vilje til at tage hensyn til en kundes ønske om ikke længere at modtage tjenester fra en medarbejder, som bærer islamisk hovedtørklæde, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.

EU-Domstolen fandt, at en arbejdsgivers vilje til at tage hensyn til en kundes ønsker om ikke længere at modtage tjenesteydelser fra den pågældende arbejdsgivers medarbejder, der bærer islamisk hovedtørklæde ikke kan anses for at udgøre et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav som omhandlet i bestemmelsen.

G4S-sagen (2017)

Kort om sagen: Sagen omhandler en kvindelig receptionist (Samira Achbita), der blev afskediget fra sin stilling, da hun insisterede på at bære et religiøst hovedtørklæde i arbejdstiden. Arbejdsgiveren havde en klar politik om, at medarbejderne ikke måtte bære synlige tegn på deres politiske, filosofiske eller religiøse overbevisning eller at udføre ritualer i henhold hertil i arbejdstiden. Arbejdsgiverens politik var godkendt i samarbejdsudvalget og var begrundet i et ønske om at fremstå neutral udadtil.

EU-Domstolens afgørelse: EU-Domstolen fandt, at et forbud mod at bære islamisk hovedtørklæde, der følger af en intern regel i en privat virksomhed, som forbyder at bære synlige politiske, filosofiske eller religiøse symboler på arbejdspladsen, ikke udgør direkte forskelsbehandling på grund af religion eller tro, når den interne regel behandler alle de ansatte i virksomheden på samme måde. I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt den interne regel udgjorde indirekte forskelsbehandling, påpegede EU-Domstolen, at den nationale ret, der har forelagt sagen, er enekompetent til at afgøre og vurdere dette. Endvidere udtalte EU-Domstolen, at en ulige behandling ikke udgør indirekte forskelsbehandling, hvis den er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Derudover fastslog EU-Domstolen, at det påhviler den nationale ret at efterprøve, om den konkrete virksomhed forud for afskedigelsen af medarbejderen havde fastlagt en generel og uddifferentieret politik herfor, og om forbuddet begrænser sig til det strengt nødvendige. Såfremt forbuddet alene vedrører de ansatte, der har forbindelse til kunderne, skal forbuddet anses for at være strengt nødvendigt med henblik på at opnå det forfulgte formål. Endelig fastslog EU-Domstolen, at det påhviler den nationale ret at efterprøve, om det havde været muligt for arbejdsgiveren at tilbyde medarbejdere en stilling uden visuel kontakt til disse kunder i stedet for at afskedige hende.

⁹⁴ EU-Domstolens dom af 14. marts 2017 i sag C-188/15, Asma Bougnaoui og Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mod Micropole SA, tidligere Micropole Univers SA.

⁹⁵ EU-Domstolens dom af 15. marts 2017 i sag C-157/15, Samira Achbita og Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mod G4S Secure Solutions NV.

Begge afgørelser fra EU-Domstolen viser, at en intern regel om forbud mod at bære islamisk hovedtørklæde ikke udgør direkte forskelsbehandling på grund af religion eller tro, når den interne regel behandler alle de ansatte i virksomheden på samme måde. Det er op til de nationale domstole at tage stilling til, om der foreligger indirekte forskelsbehandling, der kan legitimeres.

EU-Domstolen opstiller samme betingelser for at en arbejdsgiver kan retfærdiggøre indirekte forskelsbehandling som Højesteret i Føtex-sagen. Der er således tale om følgende betingelser:

- Objektivt begrundet i legitimt formål
- Midlerne til at nå formålet er hensigtsmæssige og nødvendige
- Mulighed for at der kan ske omplacering

I G4S-sagen udtaler EU-Domstolen vejledende, at en arbejdsgivers ønske om at give udtryk for neutralitet over for både offentlige og private kunder er legitim, navnlig for så vidt som det alene berører de arbejdstagere, der forventes at komme i kontakt med arbejdsgiverens kunder. Endvidere udtalte domstolen, at en intern regel om forbud mod at bære synlige symboler på politiske, filosofiske eller religiøse overbevisninger er egnet til at sikre en ordentlig gennemførelse af en politik om neutralitet, på betingelse af, at denne politik reelt forfølges sammenhængende og systematisk. Det fremgår desuden, at nødvendighedskravet er opfyldt, hvis forbuddet kun gælder medarbejdere med kundekontakt.

Det påhviler den nationale ret at efterprøve, om det havde været muligt for arbejdsgiveren at tilbyde medarbejdere en stilling uden visuel kontakt til disse kunder i stedet for at afskedige hende.

Afgørelsen i Micropole-sagen viser endvidere, at det ikke kan anses for at udgøre et regulært og erhvervsmæssigt krav, at en arbejdsgiver ønsker at imødekomme en kundes ønske om ikke at modtage tjenesteydelser fra en medarbejder, der bærer islamisk hovedtørklæde, og at det ikke kan bringe undtagelsesbestemmelsen fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af religion i beskæftigelsesdirektivet og forskelsbehandlingsloven i anvendelse.

Sammenholdes EU-Domstolens afgørelser i sagerne fra 2017, om religiøse tørklæder, med Højesterets dom i Føtex-sagen og forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, kan det konkluderes, at afgørelserne flugter, og at dansk ret er i overensstemmelse med EU-retten.

Det betyder endvidere, at arbejdsgivere på lovlig vis kan håndhæve en arbejdspladspolitik, der stiller krav om, at medarbejdere med kundekontakt og lignende fremstår neutralt og ikke bærer synlige symboler på politiske, filosofiske eller religiøse overbevisninger. Dette beror dog i alle tilfælde på en konkret vurdering.

4.3.1.1.1 Krav om sagligt formål og proportionalitet

Som forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, definerer indirekte forskelsbehandling, jf. også afsnit 3.1.2, kan der være tilfælde, hvor en arbejdsgivers beklædningsreglement medfører indirekte forskelsbehandling, som kan sagliggøres. Dette forudsætter dog, at reglementet opfylder kravet om, at det er objektivt begrundet i et sagligt formål, og at det også er hensigtsmæssigt og nødvendigt.

Dette afsnits domspraksis, som skitseret ovenfor, viser, at en arbejdsgiver ikke kan afvise en ansøger, der bærer religiøst begrundet hovedbeklædning, alene ved at sige, at kunderne ikke bryder sig om det. Særligt Føtex-sagen illustrerer, at forbud mod religiøse tørklæder i særlige tilfælde kan godkendes i forhold til en arbejdsgivers/virksomheds image. De særlige tilfælde gælder således; *hvor* forbuddet ikke er specifikt rettet mod en særlig religion, men gælder hovedbeklædning generelt; *hvor* virksomheden må påvise, at forbuddet er håndhævet konsekvent og alment udbredt blandt personalet, f.eks. i virksomhedens personalepolitik om

uniformering; *hvor* der skal være en saglig begrundelse for forbuddet, f.eks. som nødvendigheden af en bestemt uniformering ved kundevendte funktioner.

Desuden viser EU-praksis, at med en sådan regel om beklædning påhviler det arbejdsgiveren at undersøge mulighederne for at begrænse konsekvenserne af reglen, herunder om det eksempelvis er muligt at placere de medarbejdere som rammes af reglen, i en stilling uden visuel kontakt til kunderne frem for at afskedige dem. Et forbud mod at bære hovedtørklæde, som ikke er begrundet i en generel og uddifferentieret regel i virksomheden, vil dog udgøre forskelsbehandling, og kan således ikke retfærdiggøres med, at en af virksomhedens kunder ikke ønsker at modtage tjenesteydelser fra en ansat, som bærer hovedtørklæde.

I forhold til saglige hensyn og proportionalitet kan det opsummerende oplistes, at:

- i forhold til forskelsbehandlingsloven er det en betingelse, at beklædningsreglementet omfatter alle, der udfører den samme funktion. Hvis reglementet kun gælder for en bestemt gruppe af medarbejdere, kan det være forskelsbehandling.
- arbejdsgiveren skal være opmærksom på, at selv om kravet om at bære uniform omfatter alle, der udfører den samme funktion, kan et beklædningsreglement udgøre indirekte forskelsbehandling.
- når man skal vurdere, om et forbud mod f.eks. at bære religiøst begrundet hovedbeklædning er lovligt eller ej, må man se på følgende hensyn:

Hensyn til sikkerhed, sundhed eller hygiejne

- Det kan være sagligt at fastsætte et beklædningsreglement af hensyn til sikkerhed, sundhed eller hygiejne, jf. bl.a. Toms-sagen, der vedrørte en produktionsvirksomhed. Et eksempel på et sikkerhedshensyn og lovligt forbud (og dermed ingen ansættelse til ansøgeren) kunne også være en sikh, der fastholder, at han vil bære turban, selvom arbejdet kræver, at han bærer sikkerhedshjelm.
- I forhold til proportionalitetskravet skal beklædningsreglementet være nødvendigt/hensigtsmæssigt, dvs. egnet til at sikre gennemførelsen af hensynene, hvilket betyder, at f.eks. et krav om at bære en særlig hue i produktionen skal reelt være egnet til at forbedre hygiejnen og/eller sikkerheden på arbejdspladsen. Desuden skal reglementet kun vedrøre relevante medarbejdere, f.eks. de ansatte i produktionen.

Neutralitetshensyn

- Det følger af praksis fra både de danske domstole og EU-Domstolen, at et beklædningsreglement kan være sagligt af hensyn til virksomhedens neutrale image udadtil. Det følger bl.a. af Højesterets dom i Føtex-sagen, hvor det var sagligt, og Østre Landsrets dom i Magasin-sagen, hvor det derimod var usagligt. Fra EU-Domstolen kan G4S-sagen fremhæves, hvor arbejdsgiverens ønske om over for kunderne at give udtryk for en politik om politisk, filosofisk og religiøs neutralitet var sagligt.

Andre hensyn

I tillæg til ovenstående er der en række supplerende hensyn eller betragtninger, der kan inddrages, når det skal vurderes, om en arbejdsgivers beklædningsreglement er lovligt eller ej, f.eks. hvis:

- virksomhedens uniform også består af hovedbeklædning. I sådanne tilfælde kan forbuddet være lovligt, fordi arbejdsgiveren har besluttet, at hans ansatte skal præsenteres på en bestemt måde, der også omfatter hovedbeklædning. Det må dog også indgå i vurderingen, om uniformens hovedbeklædning

kan erstattes af medarbejderens religiøse hovedbeklædning, hvis den afpasses i stil og farvevalg med virksomhedens hovedbeklædning.

- arbejdsgiveren kræver, at de ansatte bærer en uniform, der alene består af en skjorte, t-shirt eller lignende, men ingen hovedbeklædning. Hvis de ansatte heller ikke må bære religiøst begrundet hovedbeklædning, er et sådant forbud ulovligt. Arbejdsgiveren må acceptere, at ansatte kan bære religiøst begrundet hovedbeklædning, fordi han ikke har fundet det nødvendigt, at medarbejderne skal være så genkendelige, at hovedbeklædning er nødvendig som en del af uniformen. Hvis en medarbejder bærer hovedbeklædning, kan arbejdsgiveren kræve, at hovedbeklædningen afstemmes til uniformens stil og i øvrigt opfylder de krav, der stilles til uniformen.

Til ovenstående skal det bemærkes, at det ikke er muligt at opstille faste/udtømmende retningslinjer for, hvad en arbejdsgiver/arbejdstager skal acceptere. Hver sag beror på en konkret vurdering, som naturligvis løbende skal tilpasses samfundsudviklingen.

4.3.1.2 Bede – og spiseritualer

Som tidligere nævnt har en arbejdsgiver som udgangspunkt, kva sin ledelsesret og instruktionsbeføjelse, ret til at tilrettelægge rammerne for udførelsen af det konkrete arbejde. Spørgsmålet er herefter, om en arbejdsgiver kan forbyde udøvelse af religion på arbejdspladsen, f.eks. i form af bederitualer og særlige præferencer i forhold mad og spise.

Hertil er der to domme fra henholdsvis Vestre Landsret og Højesteret⁹⁶, der er relevante at beskrive i forhold til bede- og spiseritualer. Begge domme viser betydningen af saglighed og proportionalitet.

Vestre Landsrets dom af 5. maj 2015 (ernæringsassistenten)

Kort om sagen: Sagen omhandler en muslimsk kvinde, som var under uddannelse til ernæringsassistent. Kvinden ønskede af religiøse grunde ikke at smage på mad med svinekød, hvorimod hun godt kunne røre ved svinekød og tilberede mad med det. Uddannelsesinstitutionen krævede, at kvinden skulle smage på mad, der indeholdt svinekød, idet hun dog ikke behøvede at spise maden, men hun kunne spytte ud efter at have smagt på maden. Kvinden havde en samtale – som hun lydoptog – med en afdelingsleder og studievejleder fra uddannelsesinstitutionen. Det fremgik bl.a. af samtalen, at kvinden fik at vide, at det var en regel på uddannelsen, at man skulle smage på al mad, og denne regel gjaldt også vegetarer, og derfor kunne kvinden ikke få lov til at undgå at smage på mad med svinekød. Kvinden gjorde under samtalen opmærksom på, at hendes religion forbød hende at smage på svinekød, hvortil hun fik at vide, at hun skulle finde noget andet at lave. Kvinden udmeldte sig fra uddannelsen, da der efter hendes opfattelse blev stillet krav om, at hun skulle smage på mad med svinekød. Kvinden indbragte sagen for Ligebehandlingsnævnet, der tilkendte hende 75.000 kr. i godtgørelse for indirekte diskrimination. På vegne af Ligebehandlingsnævnet indbragte Kammeradvokaten herefter sagen for domstolene.

Landsrettens afgørelse: Byretten fandt det bevist, at uddannelsesinstitutionen stillede krav om, at den muslimske kvinde skulle smage på svinekød for, at hun kunne gennemføre uddannelsen som ernæringsassistent. Da kvinden ikke ville smage på svinekød af religiøse årsager, udgjorde kravet indirekte diskrimination. Kravet var ikke objektivt begrundet i et sagligt formål eller hensigtsmæssigt og nødvendigt. Begrundelsen var, at det fremgik af et svar fra Undervisningsministeriet, at skolen ikke kunne stille krav om, at eleverne skulle smage på svinekød, og at andre skoler havde anført, at de ikke stillede et sådant krav. Klageren blev derfor tilkendt en godtgørelse på 40.000 kr. Vestre Landsret stadfæstede byrettens dom med henvisning til den af byrettens anførte begrundelse for afgørelsen.

⁹⁶ U.2015.2984V og U.2001.83H

Højesterets dom af 18. oktober 2000, sag II 557/1998 (AMU-Center)

Kort om sagen: Sagen omhandler en somalier, der i august 1996 påbegyndte et svejskursus på et AMU-Center. Sammen med otte andre somaliere dannede han i september 1996 en gruppe, som alle deltog i bøn på et fælles gangareal ved kantinen. Der opstod sammenstød mellem en dansk elevgruppe og den somaliske gruppe, der udsprang af somaliernes religionsudøvelse. Herefter tilkendegav centrets ledelse, at den somaliske gruppe ikke måtte bede på fællesareal, men at de gerne måtte bede visse andre steder i centret, f.eks. i klasselokaler m.v. På trods heraf bad somalieren igen på gangarealet og blev bortvist.

Højesterets afgørelse: Højesteret henholdt sig i et og alt til den to år gamle dom fra Østre Landsret og stadfæstede dermed det synspunkt, at der ikke var tale om et brud på religionsfriheden, da somalieren blev bortvist fra centret, fordi han bad i et aflukket område på gangen. Højesteret fandt således, at ledelsens beslutninger ikke kunne anses som udtryk for forskelsbehandling af somalieren på grund af hans religiøse tro, men at dispositionerne var begrundet i opretholdelse af den af hensyn til centrets funktion nødvendige ro og orden. AMU-Centret blev på den baggrund frifundet.

Højesteretsdommen viser, at en institution kan fastsætte generelle regler om, hvor der f.eks. må bedes på en institution med hjemmel i anstaltsforholdet. I den konkrete sag fandt Højesteret, at der ikke var tale om forskelsbehandling på grund af religiøse forhold, hvilket formentlig skal ses i lyset af, at de pågældende gerne måtte udøve deres religion på institutionen, men at det skulle foregå på bestemte steder.

På baggrund af de ovenfor skitserede domme kan det samlet udledes, at reglerne i forhold til bede – og spiseritualer udgør ikke indirekte forskelsbehandling efter en konkret vurdering, hvis formålet med reglerne er saglige og der foreligger proportionalitet. Dette gennemgås i afsnittet nedenfor.

4.3.1.2.1 Krav om sagligt formål og proportionalitet

Ligesom det er beskrevet i ovenstående afsnit om beklædningsreglementer er der således forskellige hensyn hos den konkrete arbejdsgiver, der kan begrunde reglementer i forhold til bede- og spiseritualer. Hensynene kan udledes af retspraksis, og som i forrige afsnit skal det også her bemærkes, at det ikke er muligt at opstille faste/udtømmende retningslinjer for, hvad en arbejdsgiver/arbejdstager skal acceptere. Hver sag beror på en konkret vurdering, som naturligvis løbende skal tilpasses samfundsudviklingen.

Hensyn til virksomhedens drift

Virksomhedens almindelige drift kan være et sagligt hensyn i forhold til at kræve, at medarbejdere f.eks. har direkte berøring med bestemte fødevarer. Arbejdsgiveren skal dog også, jf. proportionalitetsprincippet, undersøge, om der er mulighed for at indordne arbejdet på en måde således, at der tages hensyn til religiøse ritualer, f.eks. ved at de berørte medarbejdere har mulighed for at bruge handsker.

Pædagogiske eller sundhedsmæssige hensyn

Det kan være sagligt at en arbejdsgiver indfører reglementer om, at pædagoger skal spise med børnene på baggrund af pædagogiske hensyn, men arbejdsgiveren skal undersøge, om de pædagogiske hensyn kan varetages ved samtidig at tage hensyn til den berørte medarbejders spiseritualer, f.eks. under ramadanen. Derudover kan der være situationer, hvor det kan være sagligt at kræve at medarbejderen tilsidesætter sine spiseritualer af sundhedsmæssige hensyn, men arbejdsgiveren skal også her overveje, om dette krav er nødvendigt/proportionalt eller om der kan findes alternative metoder.

4.4 Race og hudfarve

Kriterierne race og hudfarve indgik allerede i den oprindelige forskelsbehandlingslov fra 1996.⁹⁷ Loven tog sigte på at gennemføre ILO-konvention nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv og FN's konvention om racediskrimination.

⁹⁷ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

Det fremgår ikke af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, hvad der nærmere forstås ved kriterierne race og hudfarve. Af forarbejderne til lov om etnisk ligebehandling, der gennemfører dele af direktivet om etnisk ligebehandling (Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000), fremgår det, at der ved race generelt forstås tilhørsforhold til en gruppe af personer, som er defineret på grundlag af fysiske kriterier, herunder hudfarve.⁹⁸

4.5 Politisk anskuelse

Ligesom kriterierne race og hudfarve, indgik kriteriet politisk anskuelse i den oprindelige forskelsbehandlingslov fra 1996.⁹⁹ Kriteriet indebærer beskyttelse af en politisk holdning, også hvor denne ikke nødvendigvis manifesterer sig gennem medlemskab af et politisk parti.

En arbejdsgiver må ikke i nogen ansættelsesmæssig sammenhæng lægge vægt på, hvilken politisk anskuelse en ansøger eller medarbejder har. Begrebets grænser er dog ikke blevet udfordret i retspraksis (endnu).

4.6 Seksuel orientering

Seksuel orientering indgik ligeledes som et beskyttet kriterium i den oprindelige forskelsbehandlingslov.¹⁰⁰ Kriteriet blev medtaget, fordi lovgivningen på en række andre væsentlige områder yder beskyttelse mod det offentliges og privates forskelsbehandling på grund af seksuel orientering, jf. f.eks. straffelovens § 266b.

Beskyttelsen betyder, at der ikke må ske forskelsbehandling på grund af den seksuelle orientering, og derfor vil det ikke være muligt kun at lade et medarbejdergode udstrækkes til en ægtefælle, men ikke til en registreret partner.

Heteroseksualitet og homoseksualitet er naturligt omfattet af beskyttelsen, der må antages kun at beskytte en lovlig seksualitet, og derfor f.eks. ikke pædofili.

Retspraksis har i to tilfælde dømt arbejdsgivere for forskelsbehandling på grund af medarbejderens seksuelle orientering. Den ene er en landsretsdom fra 2008¹⁰¹ og den anden er en byretsdom fra 2009¹⁰². I begge sager blev sagsøger (de krænkede) tilkendt godtgørelser.

I den første sag afsagde Vestre Landsret en principiel dom i en sag om, hvorvidt en lønmodtager (bager-svend) havde været udsat for vedvarende chikane i relation til hans seksuelle orientering.

⁹⁸ Lovforslag nr. L155, folketingsåret 2002-03 (1. samling), specielle bemærkninger til § 3

⁹⁹ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

¹⁰⁰ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

¹⁰¹ U.2008.1353V

¹⁰² Retten i Viborg af 28. oktober 2009 i sag nr. BS I-1132/2008, hvor en kvindelig elev, der var i lære som tandklinikassistent, blev chikaneret af sin arbejdsgiver på grund af, at hun var lesbisk og muslim. Der var således ikke kun tale om chikane på baggrund af elevens seksuelle orientering, men også på grund af religion og etnisk oprindelse. Byretten fastslog, at der forelå forskelsbehandling på baggrund af religion og etnisk oprindelse samt seksuel orientering. Eleven fik tilkendt en godtgørelse svarende til 4 måneders løn.

Vestre Landsrets dom af 22. februar 2008 (den homoseksuelle bagersvend)

Kort om sagen: Sagen omhandler en lønmodtageren, der blev ansat som bagersvend i et bageri i april 1999. Der var tale om en lille virksomhed, hvor der – udover bagersvenden og arbejdsgiveren (bagemesteren) – var to andre medarbejdere. I perioder var der dog flere medarbejdere. Under sagen forklarede bagersvenden, at der var en god omgangstone i virksomheden. I juni 2005 sprang bagersvenden ud som homoseksuel. Han fortalte det til en kollega på arbejdspladsen og bad hende om at fortælle det til arbejdsgiveren. Umiddelbart efter, at bagersvenden var sprunget ud som homoseksuel, skete der ikke ændringer i forholdet mellem bagersvenden og arbejdsgiveren. Dette ændrede sig imidlertid, idet arbejdsgiveren begyndte at fremkomme med forskellige udtalelser om bagersvendens seksuelle orientering. Dette skete både overfor bagersvenden, kunder i butikken, personale og venner.

Under sagen kom det frem, at arbejdsgiveren bl.a. havde udtalt, at homoseksualitet var ulækkert, at homoseksuelle var psykisk syge, og at homoseksuelle burde sendes på en øde ø. Derudover var arbejdsgiveren kommet med en række andre grove udtalelser, herunder en udtalelse vedrørende to iranske drenge, der var blevet hængt på grund af deres homoseksualitet. Dette resulterede i, at bagersvenden sygemeldte sig ultimo februar 2006. Efter 6 ugers sygdom blev der indgået aftale om, at bagersvenden skulle fratræde sin stilling. Bagersvenden var sygemeldt i sammenlagt 2-3 måneder og fik efterfølgende nyt arbejde i oktober 2006.

Landsrettens afgørelse: Landsretten udtalte, at arbejdsgiveren havde gjort sig skyldig i chikanøs forskelsbehandling overfor bagersvenden, og at det ikke var godtgjort, at bagersvenden – der havde været stiltfærdig og tilbageholdende – selv havde lagt op til, at hans seksuelle orientering kunne omtales på en grov måde. Herefter tiltrådte landsretten af de grunde der var anført byretten, at godtgørelsen skulle udmåles til 100.000,00 kr.

4.7 National, social eller etnisk oprindelse

Kriterierne national, social eller etnisk oprindelse fremgik også i den oprindelige forskelsbehandlingslov.¹⁰³ Kriterierne henviser til en bred afgrænsning af hensyn, der ikke må lægges vægt på. Der er dog kun et meget begrænset antal sager om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på baggrund af de tre kriterier, og i de fleste sager har klageren ikke fået medhold.¹⁰⁴ Da kriterierne generelt aktualiserer spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdsgiver kan stille sprogkrav, er der et særskilt afsnit herom nedenfor i afsnit 4.7.4.

4.7.1 National oprindelse

Begrebet ”national oprindelse” indebærer, at en arbejdsgiver ikke må lægge vægt på national oprindelse. Med national oprindelse menes en persons tilhørsforhold til en gruppe, som er kendetegnet ved en fælles historie og andre særtræk som f.eks. sprog, kultur og geografi.

Begrebet ”national oprindelse” må ikke forveksles med nationalitet/statsborgerskab. Et krav om et bestemt statsborgerskab kan dog efter omstændighederne være omfattet af forbuddet mod *indirekte* forskelsbehandling på grund af national oprindelse, f.eks., hvis det står som et krav i en jobannonce (eksempelvis krav til sproglige kvalifikationer) og det ikke er sagligt begrundet i hensynet til arbejdets udførelse eller har lov-hjemmel. Det bemærkes, at der i dansk ret findes ganske få stillinger, hvor der stilles krav om dansk statsborgerskab. Dommergerningen er et eksempel herpå.

4.7.2 Social oprindelse

Det er ikke entydigt, hvad der ligger i begrebet ”social oprindelse”, men det formodes, at der er tale om den pågældende persons samfundsmæssige placering, eller hvilken social klasse/gruppe personen tilhører.¹⁰⁵

4.7.3 Etnisk oprindelse

Der er ikke i forskelsbehandlingsloven eller i forarbejderne hertil en definition af, hvad der nærmere forstås ved ”etnisk oprindelse”. Kriteriet er tæt beslægtet med kriterier som race, hudfarve og national oprindelse. Etnisk oprindelse kan forstås som en gruppe personer, der har visse fælles kendetegn, f.eks. sprog, kultur, geografisk oprindelse m.v. Denne beskrivelse af begrebet støttes endvidere af forarbejderne til lov om etnisk ligebehandling, der gennemfører dele af beskæftigelsesdirektivet i dansk ret. Det fremgår af forarbejderne, at

¹⁰³ Lov nr. 459 af 12. juni 1996

¹⁰⁴ Det bemærkes, at de fleste sager er fra Ligebehandlingsnævnet, som ikke behandles i nærværende vejledning. Mange af de sager, der har været indbragt for Ligebehandlingsnævnet omhandler forskelsbehandling på grund af sprogkunderskab.

¹⁰⁵ Se Yvonne Frederiksen og Mads Krarups ”Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer” (1. udgave, Thomson, 2008), s. 24, som henviser til den ”gængse opfattelse af sociale klasser”.

der ved etnisk oprindelse generelt forstås tilhørsforhold til en gruppe af personer, som er defineret på grundlag af fælles historie, traditioner, kultur eller kulturel baggrund, sprog, geografisk oprindelse m.v.¹⁰⁶

Som eksempler direkte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse kan nævnes tilfælde, hvor en arbejdsgiver afviser at ansætte en person med f.eks. kurdisk eller asiatisk oprindelse, fordi kunderne bedst kan lide at blive betjent af etniske danskere eller, at en kommune efterkommer en pensionists ønske om, at få hjemmehjælpere, som skal være etnisk danskere. Det er således direkte forskelsbehandling, hvis kommunen organiserer arbejdet efter sine ansattes etniske oprindelse og ikke efter deres kvalifikationer.

4.7.4 Sprogkrav

Som anført i afsnit 4.7, kan særligt begreberne national og etnisk oprindelse give anledning til spørgsmål om, hvilke krav til beherskelse af sprog, som arbejdsgiveren kan stille til en medarbejder.

Et bestemt sprogkrav, f.eks. dansk, rammer de lønmodtagere, der ikke har dansk som modersmål hårdere end dem, hvis modersmål er dansk. Et umiddelbart formelt set neutralt sprogkrav kan således være indirekte forskelsbehandling, fordi en gruppe (f.eks. med anden etnisk oprindelse end dansk) på forhånd sorteres fra på grund af deres manglende sprogkunderskaber.

Som det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, er det ikke i strid med loven at stille særlige krav, som kan medføre, at særlige grupper stilles ringere end andre. Det afgørende er, at sådanne krav skal kunne begrundes af arbejdsgiveren, og at betingelserne skal være nødvendige for at opfylde et sagligt formål. Dette indebærer, at midlerne skal stå i et rimeligt forhold til målet. Denne vurdering kan naturligvis være forskellig fra sag til sag og afhænger af det konkrete job.

Af retspraksis kan særligt fremhæves en højesteretsdom fra 2010¹⁰⁷, hvor der blev taget stilling til, om det er sagligt, at en arbejdsgiver lægger vægt på sprogkrav i forbindelse med opsigelse af en medarbejder.

Højesterets dom af 12. februar 2010, sag 196/2007 (den hollandske medarbejder)

Kort om sagen: Sagen omhandler en hollandsk medarbejder, der var ansat som projekt- og annoncekonsulent, hvor han oprindeligt betjente det tyske marked og senere det engelske marked. Da afdelingen for det engelske marked skulle nedlægges, blev den hollandske medarbejder opsagt sammen med fem andre udenlandske medarbejdere. I begrundelsen for opsigelsen anførte arbejdsgiveren: ”Virksomheden har derfor afskediget de medarbejdere, der var ansat i afdelingen, bortset fra afdelingslederen samt yderligere en anden medarbejder, der taler flydende dansk.” Den medarbejder, der ikke blev opsagt, skulle herefter være beskæftiget med telefonsalg på det danske marked. Hollænderen indbragte sagen for domstolene med påstand om, at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven, da opsigelsen var begrundet i hans udenlandske oprindelse, og at det er ulovligt at forskelsbehandle på grund af national oprindelse.

Højesterets afgørelse: Både Sø- og Handelsretten og efterfølgende Højesteret gav ikke medarbejderen medhold i, at han var blevet forskelsbehandlet - hverken direkte eller indirekte. Da afskedigelsen ikke skete på grund af medarbejderens hollandske oprindelse, afviste Højesteret, at medarbejderen havde været udsat for direkte forskelsbehandling. I forhold til spørgsmålet om indirekte forskelsbehandling anførte Højesteret under henvisning til forskelsbehandlingslovens forarbejder - at uforholdsmæssige sprogkrav kan udgøre indirekte forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven. Det beroede derfor på en konkret vurdering, om det var rimeligt, at arbejdsgiveren stillede krav om flydende og fejlfrit dansk. Under hensyn til, at den tilbageværende danske medarbejder skulle varetage telefonsalg på det danske marked, fandt Højesteret, at arbejdsgiverens sprogkrav var sagligt begrundet. Der var derfor ikke grundlag for at tilsidesætte arbejdsgiverens skøn, hvorefter arbejdsgiveren fravalgte hollænderen som telefonsælger på det danske marked til fordel for en dansk medarbejder.

Dommen viser, at det centrale netop består i, at en arbejdsgiver ikke må stille uforholdsmæssigt store krav til sprogkunderskaber, medmindre det konkrete job kræver det for at kunne blive udført. Højesteret kom således frem til, at arbejdsgiveren konkret kunne stille krav om, at medarbejderen taler flydende dansk uden derved

¹⁰⁶ Lovforslag nr. L155, folketingsåret 2002-03, specielle bemærkninger til § 3

¹⁰⁷ U.2010.1415H

at handle i strid med forskelsbehandlingsloven, da sprogkravet var sagligt begrundet i de arbejdsopgaver, som medarbejderen skulle bestride.

5. Forbud mod registrering og annoncering

I forskelsbehandlingsloven er der særlige regler om registrering og annoncering. Der er således ikke tale om beskyttede kriterier eller undtagelser, hvorfor de behandles særskilt i dette afsnit. Til begge regler er der dog undtagelser, som gennemgås dels nedenfor og dels i afsnit 6, hvor lovens generelle undtagelser gennemgås.

5.1 Forbud mod registrering

Forskelsbehandlingslovens § 4, har følgende ordlyd:

”En arbejdsgiver må ikke i forbindelse med eller under ansættelsen af en lønmodtager anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af oplysninger om dennes race, hudfarve, religion eller tro, politiske anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse.”

Det er forbudt at indhente, modtage eller gøre brug af oplysninger, der er omfattet af lovens beskyttelsesområde med undtagelse af alder og handicap, jf. afsnit 4.1 og 4.2. Arbejdsgiveren må alene lægge vægt på ansøgerens kvalifikationer, når han/hun vurderer, om ansøgeren er en mulig medarbejder. Loven gælder både før og under ansættelsen. Forbuddet imod at bruge oplysningerne gælder uanset, hvordan arbejdsgiveren får oplysningen, f.eks. ved at lønmodtageren selv refererer til sin ”jødiske familie”. Registreringsforbuddet kan dog fraviges, hvis det fremgår af særlig lovgivning, jf. lovens § 9, stk. 1 (se afsnit 6.5).

5.2 Annoncering

Det følger af forskelsbehandlingslovens § 5, stk. 1, at:

”Det må ikke ved annoncering angives, at der til ansættelse eller erhvervsuddannelse søges eller foretrækkes en person af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap. Det må heller ikke angives, at der ikke ønskes en person med de i 1. pkt. nævnte kendetegn.”

Forbuddet mod forskelsbehandling mister sin betydning, hvis det er tilladt at skrive i jobannoncer, at virksomheden f.eks. kun søger eller foretrækker etniske danskere eller personer mellem 25 og 35 år. Annoncer skal altså være neutrale, når det gælder etnisk oprindelse, hudfarve, alder m.v.¹⁰⁸

Det er ligeledes i strid med § 5, stk. 1, at skrive i annoncer, at en arbejdsgiver ikke søger eller ønsker ansøgere af en bestemt etnisk eller national oprindelse, religion eller alder m.v.¹⁰⁹ Tilsvarende er det forbudt at opstille usaglige krav, der reelt har til formål at afskære en bestemt gruppe fra at søge, f.eks. at stille krav om at ansøgerne til stillinger som rengøringsassistenter taler og skriver fejlfrit dansk.

¹⁰⁸ Medieansvarsloven indeholder desuden regler om annoncørers og redaktørers ansvar for de annoncer, de indrykker i aviser og andre medier.

¹⁰⁹ Et eksempel herpå er Feryn-sagen (EU-Domstolens dom af 10. juli 2008 i sag C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mod Firma Feryn NV), hvor arbejdsgiveren offentlig meddelte, at han ikke længere ville ansætte personer af marokkansk oprindelse.

Eksempel – Lovlig jobannonce

”Mindre importvirksomhed søger en frisk person til forefaldende arbejde. Vi handler primært med tyrkiske virksomheder. Vi søger en person med et par års erfaring i en salgsafdeling. Din alder er underordnet, men du skal kunne tale og skrive tyrkisk.”

I dette eksempel lægger virksomheden vægt på erfaring fra et salgskontor, og at ansøgeren behersker tyrkisk. Virksomheden har i sin annonce ikke lagt vægt på det etniske tilhørsforhold, men på den sproglige kvalifikation, tyrkisk. Set i lyset af virksomhedens art er det en relevant kompetence at efterspørge.

Erfaring fra en salgsafdeling er ikke omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelsesområde.

Eksempel – Ulovlig/lovlig jobannonce

”Advokat søges. Vi er et mindre kontor med 8 advokater. Vi søger en ny kollega på mellem 30-40 år med minimum 3-5 års erfaring.”

Kravet om alder (”mellem 30-40 år”) er i strid med lovens forbud mod at lægge vægt på alder.

Kravet om erhvervserfaring (”minimum 3-5 års erfaring”) er dog, som udgangspunkt lovlig.

Der er imidlertid situationer, hvor det er lovligt at foretrække personer med et bestemt kendetegn. I så fald gælder forskelsbehandlingslovens § 5, stk. 1, ikke. Det følger af forskelsbehandlingslovens § 5, stk. 2, der har følgende ordlyd:

”Stk. 1 gælder ikke, hvis en arbejdsgiver i henhold til undtagelsesbestemmelser i denne lov kan foretrække lønmodtagere med et bestemt kendetegn.”¹¹⁰

Hvis arbejdsgiveren har fået dispensation fra forbuddet mod forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 2 (se afsnit 6.3), er det lovligt at annoncere efter en person med f.eks. tyrkisk oprindelse. Det er tilsvarende lovligt at forskelsbehandle, hvis ansøgerens politiske anskuelse, religiøse overbevisning eller trosretning er af afgørende betydning for virksomheden og jobbet udførelse, jf. lovens § 6, stk. 1 (se afsnit 6.2).

Det er endvidere tilladt at skrive i jobannoncer, at alle uanset etnisk oprindelse, religion, alder, handicap m.v. opfordres til at søge stillingen. Det er også tilladt at skrive, at virksomheden tilstræber en afbalanceret personalesammensætning, der afspejler det omkringliggende samfund.

Det er også tilladt at oplyse, at virksomheden har en seniorpolitik/handicappolitik, og at virksomheden i en konkret situation kan vælge at foretrække en ældre ansøger/ansøger med handicap til en ledig stilling blandt flere lige kvalificerede ansøgere, jf. muligheden for positiv særbehandling af seniorer og personer med handicap i § 9, stk. 3. Denne undtagelsesmulighed gennemgås nedenfor i afsnit 6.7.

Overtrædelse af annonceringsforbuddet straffes med bøde, jf. nærmere om sanktioner i afsnit 7.

¹¹⁰ Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 240 af 27. marts 2006.

6. Lovens generelle undtagelser

6.1 Væbnede styrker i aktiv tjeneste (lovens § 1a)

Af forskelsbehandlingslovens § 1a, fremgår følgende:

”Forsvarsministeren kan efter høring af de berørte organisationer undtage væbnede styrker i aktiv tjeneste fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap i denne lov.”¹¹¹

Forarbejderne til bestemmelsen anfører, at medlemsstaterne i medfør af beskæftigelsesdirektivets artikel 3, stk. 4, kan fastsætte, at direktivets bestemmelser vedrørende forskelsbehandling på grund af handicap eller alder ikke finder anvendelse på væbnede styrker i aktiv tjeneste. Endvidere fremgår det, at hensynet til de væbnede styrkers operationelle karakter anerkendes i direktivets betragtning 18, og direktivet må som følge heraf ikke medføre, at de væbnede styrker skal være forpligtet til ansættelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke opfylder de nødvendige krav for at kunne udføre samtlige opgaver, der kan blive pålagt vedkommende.¹¹²

Forskelsbehandlingslovens § 1a, giver således forsvarsministeren bemyndigelse til at undtage de væbnede styrker fra forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap. Denne undtagelsesmulighed kan dog først anvendes efter, at forsvarsministeren har hørt de relevante lønmodtagerorganisationer.

Som følge heraf er der i en række love og bekendtgørelser fastsat aldersgrænser om det militære personel. Som et eksempel kan f.eks. nævnes bekendtgørelse nr. 350 af 30. marts 2012 om undtagelse fra forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap.

6.2 Virksomhedens art (lovens § 6, stk. 1)

Hos nogle arbejdsgivere er der behov for at lægge vægt på lønmodtagernes religion, politik, race handicap m.v. Derfor indeholder forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 1 en undtagelsesbestemmelse, der tager højde for, at det i nogle job er relevant at stille krav om, at lønmodtageren har en bestemt politisk overbevisning eller tilhører en bestemt religion under henvisning til virksomhedens art. Forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 1¹¹³ har følgende ordlyd:

”Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af politisk anskuelse, religion eller tro i §§ 2-5 gælder ikke for arbejdsgivere, hvis virksomhed har som sit udtrykte formål at fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt eller en bestemt trosretning, og hvor lønmodtagerens politiske anskuelse, religiøse overbevisning eller trosretning må anses for at være af betydning for virksomheden.”

Det beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, om et forhold falder ind under undtagelsen i forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 1, men der kan nævnes nedenstående eksempler, som fremgår af lovens forarbejder.

¹¹¹ Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 253 af 7. april 2004

¹¹² Lovforslag nr. L92, folketingsåret 2004-05 (1. samling), specielle bemærkninger til § 1, nr. 10

¹¹³ Bestemmelsen blev ændret ved lov nr. 253 af 7. april 2004

Eksempel – Virksomhedens art (religion/tro)

Det er lovligt at kræve, at en ansøger til en stilling som præst i den danske folkekirke er medlem af folkekirken.

Det vil ligeledes være lovligt at stille krav om, at en ansøger, der søger en lærerstilling på en uddannelsesinstitution, der i henhold til sine vedtægter, idégrundlag eller formålsbestemmelse f.eks. bygger på en bestemt religiøs anskuelse, har den samme religiøse anskuelse. Det må dog forudsættes, at læreren i sin undervisning skal give udtryk for sit religiøse livssyn.

Eksempel – Virksomhedens art (politisk anskuelse)

Et politisk parti kan lovligt kræve, at en politisk medarbejder i partiets sekretariat er medlem af partiet.

En arbejdsgiver kan ikke stille krav om f.eks. politisk tilhørsforhold til alle sine medarbejdere i virksomheden. Alene de medarbejdere, der er beskæftiget med virksomhedens kerneopgave, kan have sådan en forpligtelse. Rengøringspersonale eller en regnskabsmedarbejder er derfor ikke omfattet.

6.3 Dispensation (lovens § 6, stk. 2)

Forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 2¹¹⁴ indeholder en særlig undtagelsesbestemmelse, i daglige tale ”dispensation”, der giver adgang til, at der administrativt kan meddeles undtagelser fra lovens bestemmelser:

”Stk. 2. Såfremt det ved visse former for erhvervsudøvelse og uddannelser er af afgørende betydning, at udøveren er af en bestemt race, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller har en bestemt hudfarve, alder eller et bestemt handicap eller tilhører en bestemt religion eller trosretning, og kravet om bestemt tilhørsforhold står i rimeligt forhold til den pågældende erhvervsaktivitet, kan vedkommende minister efter indhentet udtalelse fra beskæftigelsesministeren fravige bestemmelserne i §§ 2-5.”

Lovens § 6, stk. 2, gør det således muligt for en virksomhed eller en uddannelsesinstitution at efterspørge personer med et bestemt kendetegn, hvis det kan godtgøres, at det er af afgørende betydning for virksomhedens drift.

Dette krav vil ikke være opfyldt, hvis arbejdsgiveren af personlige årsager foretrækker personer af en bestemt etnisk oprindelse, religiøs baggrund eller lignende. Der skal være tale om et objektivt, sagligt og relevant krav, der relaterer sig til erhvervsudøvelsens art eller de forhold, under hvilke den udføres.

Ønsker en arbejdsgiver eller uddannelsesinstitution at fravige lovens forbud mod forskelsbehandling med henvisning til betingelserne i § 6, stk. 2, skal arbejdsgiveren eller uddannelsesinstitutionen henvende sig til den minister, der varetager forholdene for de pågældende erhverv eller den pågældende uddannelse. Det skal ses i lyset af, at det er dem, der har adgang til den sagkundskab, som er nødvendig for at afgøre, om en undtagelse er påkrævet. Inden det pågældende ressortministerium giver en undtagelse, skal ressortministeren sende anmodningen til beskæftigelsesministeren, som på den baggrund udtaler sig om sagen. Bestemmelsen skal fortolkes snævert, da der er tale om en undtagelsesmulighed fra forbuddet mod forskelsbehandling.

Et par eksempler på dispensationssager, hvor et ressortministerium har anmodet Beskæftigelsesministeriet om en udtalelse, kan fremhæves nedenfor.

¹¹⁴ Bestemmelsen blev ændret ved lov nr. 253 af 7. april 2004 og lov nr. 1417 af 22. december 2004

Eksempel – Dispensation fra religionskriteriet

Ressortministeriet (dengang Familieministeriet) anmodede beskæftigelsesministeren om en udtalelse:

Et kyllingeslagteri, der afsætter sine produkter til muslimske eksportmarkeder, ønsker lov til at kræve, at en kyllingeslagter skal være muslim. Hvis kravet ikke blev opfyldt, kunne kyllingerne ikke sælges til alle aftagere i Mellemøsten. Medarbejderens religiøse overbevisning var altså afgørende for virksomhedens mulighed for at kunne afsætte sine varer.

Beskæftigelsesministeren anerkendte dette behov.

Eksempel – Dispensation fra alderskriteriet

Ressortministeriet (dengang Socialministeriet) anmodede beskæftigelsesministeren om en udtalelse:

Personer med handicap, der ansætter hjælpere, ønsker at kunne lægge vægt på hjælperens alder. Begrundelsen er, at personen med handicap og hjælperen tilbringer så meget tid sammen, at ansættelsesforholdet vil fungere bedre, hvis de er jævnaldrende.

Beskæftigelsesministeren anerkendte dette behov.

6.4 Pension m.v. (lovens § 6a)

Forskelsbehandlingsloven giver mulighed for fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. Overenskomstbestemmelser, der fastsætter aldersgrænser for at være omfattet af arbejdsmarkedspensionsordninger, vil således kunne opretholdes. Da denne undtagelse vedrører alderskriteriet henvises der til afsnit 4.2.2.4.

6.5 Mulighed for at fravige forbud mod registrering (lovens § 9, stk. 1)

Forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 1, henviser til § 4 (se afsnit 5.1) og anfører, at:

”§ 4 finder ikke anvendelse, i det omfang andet følger af særlig lovgivning.”

Dette indebærer således, at følsomme oplysninger kun bør registreres, i det omfang andet følger af særlig lovgivning. Loven forbyder, at en arbejdsgiver både før og under ansættelsen anmoder om, indhenter eller modtager og gør brug af oplysninger om et af de ulovlige kriterier. Dette gælder dog ikke kriterierne alder og handicap.

6.6 Positiv særbehandling i anden lovgivning (lovens § 9, stk. 2)

Følgende fremgår af forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 2:

”Loven er ikke til hinder for, at der i medfør af anden lov, i medfør af bestemmelser med hjemmel i anden lov eller i øvrigt ved offentlig foranstaltning iværksættes foranstaltninger, som har til formål at forbedre beskæftigelsesmulighederne for personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap.”

Bestemmelsen sikrer, at der ikke opstår konflikter i forhold til anden lovgivning eller konflikter i forhold til offentlige initiativer. Det er derved vigtigt at bemærke, at denne bestemmelse er en særlig adgang til i offentligt regi at iværksætte beskæftigelsesfremmende tiltag af almen karakter. Det indebærer altså, at de beskæftigelsesfremmende initiativer skal ske med lovhjemmel eller i øvrigt ved offentlig foranstaltning¹¹⁵.

Bestemmelsen giver således hverken den offentlige eller private arbejdsgiver, uanset størrelse, adgang til selv at igangsætte særlige projekter eller tiltag, der indebærer, at man foretrækker en eller flere af de grupper

¹¹⁵ I forhold til begrebet ”offentlig foranstaltning” fortolker Beskæftigelsesministeriet det således, at der skal være tale om en bred politisk aftale, der har tilslutning fra et flertal i Folketinget.

i virksomheden, som loven nævner. Uanset de gode intentioner om at rette op på ubalancen på arbejdspladsen vil det være ulovlig positiv særbehandling og i strid med forskelsbehandlingsloven.

Forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 2, er altså en særlig adgang til i offentligt regi at iværksætte beskæftigelsesfremmende tiltag af almen karakter og giver således ikke en generel adgang til positiv særbehandling af bestemte lønmodtagergrupper, hvorfor bestemmelsen er forholdsvis snæver.

Som eksempel på bestemmelsens særlige adgang til at iværksætte beskæftigelsesfremmende tiltag, kan nævnes, at der i forlængelse af integrationsaftalen af 2002 og arbejdsmarkedsreformen 'Flere i Arbejde' blev etableret fem videnscentre for kompetenceafklaring af flygtninge og indvandrere. Udgangspunktet var behovet for at styrke og professionalisere arbejdet med konkret kompetenceafklaring og arbejdsprøvning, styrke koordineringen og sprede gode erfaringer i forhold til flygtninge og indvandrere.

6.7 Positiv særbehandling for seniorer og personer med handicap (lovens § 9, stk. 3)

Følgende fremgår af forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 3:

”Loven er ikke til hinder for, at der iværksættes foranstaltninger til fremme af beskæftigelsesmuligheder for ældre lønmodtagere og personer med handicap.”¹¹⁶

Bestemmelsen giver adgang til positiv særbehandling af ældre personer og personer med handicap for at fremme disse gruppers beskæftigelsesmuligheder.

I forhold til alder kan en sådan positiv særbehandling f.eks. ske ved særlige seniorordninger. Som eksempel herpå kan nævnes, at der ved overenskomstforhandlingerne i 2017 på en række områder blev indgået aftaler om seniorfridage, som skal give bedre muligheder for at forene arbejdslivet og seniorlivet. Retten til seniorfridage indtræder 5 år før medarbejderen opnår den folkepensionsalder, der gælder for vedkommende.

Bestemmelsen giver tillige en arbejdsgiver mulighed for at lægge vægt på en ansøgers handicap i valget mellem to lige kvalificerede ansøgere. I forhold til handicap kan det desuden bemærkes, at modsat tilpasningspligten (se afsnit 4.1.3), er muligheden for positiv særbehandling ikke et *krav*, men altså en *undtagelse* til forbuddet mod forskelsbehandling. Som følge heraf er en arbejdsgiver således ikke forpligtet til at give positiv særbehandling ved f.eks. højere løn eller andre ansættelsesvilkår.

6.8 Beskyttelse af børn og unge (lovens § 9, stk. 4)

Denne bestemmelse indeholder en generel undtagelsesbestemmelse i forhold til unges adgang til beskæftigelse. Formålet med bestemmelsen er at beskytte/sikre børn og yngre lønmodtagere:

”Med henblik på at beskytte børn og yngre lønmodtagere er forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i lovens §§ 2-5 ikke til hinder for fastsættelse af aldersgrænser for adgang til beskæftigelse ved lov eller i medfør af lov.”¹¹⁷

Eksempel på aldersgrænser i anden lovgivning

Restaurationslovgivningen fastsætter, at hvor der serveres alkohol, må personer under 18 år ikke være beskæftiget i serveringslokaler, garderober eller toiletter i åbningstiden. Lovgivningen fastsætter også, at dørmænd skal være 18 år, fordi arbejdet som dørmænd kræver en vis modenhed, så man f.eks. kan håndtere konflikter, der pludselig opstår.

Arbejds miljøloven indeholder regler om mindstealder for adgang til beskæftigelse, herunder i forhold til bl.a. arbejdstid og visse former for arbejde, som unge under 18 år ikke må udføre.

¹¹⁶ Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 1417 af 22. december 2004

¹¹⁷ Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 1417 af 22. december 2004

7. Bevisbyrde, sanktioner og klageadgang

Nedenfor omhandler forskelsbehandlingslovens bevisbyrderegler, muligheden for at få godtgørelse og bøde, samt nævn og andre klageinstanser, hvor der kan føres sager indenfor forskelsbehandlingslovens område.

7.1 Bevisbyrde

Det almindelige udgangspunkt i dansk ret er, at der gælder en *ligefrem* bevisbyrde. Bevisbyrden påhviler med andre ord den part, som påstår at have et krav. I praksis betyder dette eksempelvis, at hvis en lønmodtager mener, at en opsigelse er usaglig, er det som udgangspunkt lønmodtageren, der skal bevise, at opsigelsen er sket med en usaglig begrundelse.

Ved overtrædelse af forskelsbehandlingsloven stiller sagen sig anderledes. Her er der tale om *delte* bevisbyrde. Den delte bevisbyrde betyder, at beviskravene for den krænkede lønmodtager lempes, og at der skal mindre til, før bevisbyrden overgår til arbejdsgiveren. Bevisbyrden overgår til arbejdsgiveren, når lønmodtageren har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der sker direkte eller indirekte forskelsbehandling.

Den delte bevisbyrde i forskelsbehandlingssager er kommet ind i dansk lovgivning via EU-retten. Bevisbyrdereglen blev indført for at fremme gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivet og at lempe beviskravene for arbejdstagere i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets artikel 10:

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

I forskelsbehandlingsloven blev den delte bevisbyrde indsat i lovens § 7a ved gennemførelsen af det etniske ligebehandlingsdirektiv i april 2004.¹¹⁸ Ved indførelsen af § 7a svarede reglerne dermed til det, som allerede var gældende inden for kønsdiskriminationsområdet.¹¹⁹ Af forskelsbehandlingslovens § 7a, fremgår:

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

Det bemærkes, at den delte bevisbyrde ikke omfatter sager om repressalier, da der i disse tilfælde ikke er tale om forskelsbehandling. Beskyttelse mod repressalier fremgår af lovens § 7, stk. 2, og gennemgås nedenfor i afsnit 7.2.1.

Bestemmelsen om den delte bevisbyrde i lovens § 7a, består således af følgende hovedelementer:

- Faktiske omstændigheder,
- Formodning om forskelsbehandling
- Krænkelse af ligebehandlingsprincippet

Faktiske omstændigheder

¹¹⁸ Bestemmelsen blev indsat i forskelsbehandlingsloven ved lov nr. 253 af 7. april 2004

¹¹⁹ Lovforslag nr. L40, folketingsåret 2003-04, specielle bemærkninger til § 1, nr. 12

Hvad faktiske omstændigheder nærmere indebærer, afhænger af, hvordan praksis udvikler sig i konkrete sager. Det er således op til domstolene og de fagretlige instanser at afgøre, hvornår der er ført tilstrækkeligt bevis og dermed ”påvist faktiske omstændigheder”. Dette kan være gennem skriftligt bevismateriale, vidneforklaringer og lignende.

Formodning om forskelsbehandling

De faktiske omstændigheder, som medarbejderen har påvist, skal herefter skabe en formodning om, at der fra arbejdsgiverens side er udøvet forskelsbehandling. Ved en påstand om direkte forskelsbehandling vil formodningen ofte automatisk være opnået samtidig med en påvisning af de faktiske omstændigheder. F.eks. er dette tilfældet når en medarbejder bliver opsagt med direkte henvisning til sin etniske oprindelse.

Derimod kan det være svært at løfte bevisbyrden for, at en tilsyneladende neutral praksis eller bestemmelse udgør forskelsbehandling. F.eks. er det i forbindelse med en nedskæringsrunde ikke nok, at en ældre medarbejder gør gældende, at vedkommende er blevet opsagt i strid med loven. Det skal også kunne sandsynliggøres, at der ved afskedigelsen er blevet lagt vægt på alderen.

Krænkelser af ligebehandlingsprincippet

Hvis medarbejderen formår at løfte sin del af bevisbyrden, pålægges bevisbyrden arbejdsgiveren, som herefter skal kunne godtgøre, at den givne handling eller undladelse, ikke har medført en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven.

7.2 Godtgørelse

Hvis arbejdsgiveren ikke kan løfte bevisbyrden bliver spørgsmålet om godtgørelse relevant. Retten til godtgørelse ved krænkelse af forskelsbehandlingsloven findes i § 7, stk. 1, som anfører, at:

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

I forskelsbehandlingsloven er der ikke fastsat en minimums- eller maksimumsgrænse for udmålingen af godtgørelser, hvorfor godtgørelsen fastsættes af domstolene under hensyn til den enkelte sags faktiske omstændigheder og med iagttagelse af beskæftigelsesdirektivets artikel 17, hvorefter sanktionerne for overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.¹²⁰ Udmålingen af godtgørelser i forskelsbehandlingssager beror derfor altid på en konkret vurdering.

Der har dog efterhånden udviklet sig en praksis for godtgørelsesniveauet, som fastsættes ud fra samtlige omstændigheder i sagen, herunder med inddragelse af lønmodtagerens ansættelsesanciennitet. Det følger af retspraksis.

F.eks. har Højesteret i en dom af 13. juni 2013¹²¹, fastslået, at der ved udmålingen af godtgørelse skal tages udgangspunkt i de retningslinjer, der har udviklet sig i praksis ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9.¹²² Dvs. som udgangspunkt løn svarende til 6 til 12 måneder, herunder med udgangspunkt i lønmodtagerens anciennitet.

Det skal dog understreges, at godtgørelsen kan afvige fra dette niveau afhængig af sagens omstændigheder, herunder skal der lægges vægt på grovheden af overtrædelsen, og i den forbindelse skal der tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen og den krænkelse, der er påført den enkelte.

¹²⁰ Lovforslag nr. L40, folketingsåret 2003-04, specielle bemærkninger til § 1, nr. 11

¹²¹ U.2013.2575H (beskrevet i afsnit 4.1.1)

¹²² Dette er især tilfældet i forhold til sager om forskelsbehandling på grund af handicap eller alder.

Hertil kan nævnes Højesterets domme af 1. oktober 2014 og af 12. marts 2015¹²³ - de såkaldte ”SAS-sager” – som netop viser, at der kan foreligge særlige omstændigheder i de enkelte sager, som kan fravige udgangspunktet.

7.2.1 Beskyttelse mod repressalier

Forskelsbehandlingsloven indeholder i § 7, stk. 2, en beskyttelse mod repressalier:

”En person, der udsættes for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, fordi denne har fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.”¹²⁴

Bestemmelsen beskytter mod repressalier og skal sikre en effektiv gennemførelse af ligebehandlingsprincippet. Beskyttelsen indebærer, at en person, der kræver ligebehandling, ikke må udsættes for dårlig behandling. Repressalierne kan f.eks. være afskedigelse, trussel om afskedigelse, degradering, forflyttelse, chikane eller ingen adgang til efteruddannelse og lignende.

Det er en forudsætning, at der er årsagssammenhæng mellem den ufordelagtige behandling og det forhold, at lønmodtageren har fremsat krav om ligebehandling.

Beskyttelsen mod repressalier gælder for lønmodtagere, der fremsætter krav om ligebehandling af sig selv eller af andre. Fremsætter man krav om ligebehandling på en kollegas vegne, er man altså også beskyttet.

Endvidere gælder beskyttelsen både i de tilfælde, hvor der indgives en formel klage til en domstol eller en anden myndighed, hvor et forhold mundtligt påtales på arbejdspladsen, eller hvor en lønmodtager tager kontakt til sin fagforening om forholdet. Loven opstiller altså ikke formkrav til, hvordan kravet om ligebehandling rejses.

I bestemmelsen er der ikke fastsat et maksimum for godtgørelsen. Det er således op til domstolene at fastsætte godtgørelsens størrelse under hensyn til den enkelte sags omstændigheder.

7.3 Bøde i stedet for godtgørelse

Bødestraf er sanktionen for overtrædelse af forskelsbehandlingslovens regel om neutral annoncering. Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 8, stk. 1, at:

”Overtrædelse af § 5 straffes med bøde.”

Når bestemmelsen om annoncering i lovens § 5 overtrædes, krænkes en meget bred kreds af lønmodtagere. Nemlig hele den gruppe, der f.eks. udelukkes fra at søge en bestemt stilling. Da det ikke er muligt at give en bred udefineret gruppe en godtgørelse, skal den, der overtræder bestemmelsen, i stedet betale en bøde.

Alle borgere kan anmelde overtrædelser af lovens § 5 om annoncering til politiet.

Endvidere fremgår det af forskelsbehandlingslovens § 8, stk. 2, at:

¹²³ U.2015.1H (beskrevet i afsnit 4.2.1.2) og U.2015.2027H, hvor Højesteret udelukkende skulle tage stilling til godtgørelsesspørgsmålet og kom frem til et godtgørelsesbeløb svarende til 6 måneders løn på trods af medarbejdernes lange anciennitet. Højesteret fandt, at det var en formildende omstændighed, at afskedigelserne var sket som følge af arbejdsmangel, og i øvrigt var sket som led i en større nedskæringsrunde. Derudover fremgik det af parternes overenskomstaftale, at senioritetslisten netop skulle anvendes ved afskedigelser. Højesteret nedsatte derfor godtgørelsen fra 9 til 6 måneders løn.

¹²⁴ Bestemmelsen blev indsat i forskelsbehandlingsloven ved lov nr. 253 af 7. april 2004.

”Er overtrædelsen begået af et selskab, en forening, en selvejende institution, en fond eller lignende, kan der pålægges den juridiske person som sådan bødeansvar. Er overtrædelsen begået af staten, en kommune eller et kommunalt fællesskab, der er omfattet af § 60 i lov om kommunernes styrelse, kan der pålægges staten, kommunen eller det kommunale fællesskab bødeansvar.”

7.4 Klageadgang

Krav om påstået forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven kan rejses på flere måder. Nedenfor gennemgås de forskellige klageadgange.

7.4.1 Ligebehandlingsnævnet

Ligebehandlingsnævnet blev oprettet i 2009. Med lov om Ligebehandlingsnævnet blev der etableret en samlet administrativ klagenævnssbehandling af ligebehandlingsspørgsmål for alle grupper, der er beskyttet mod forskelsbehandling i lovgivningen. Ligebehandlingsnævnet er uafhængigt og bistås af et sekretariat, der har til huse i Ankestyrelsen.

Ligebehandlingsnævnet har kompetence til at behandle klager over påstået forskelsbehandling på bl.a. forskelsbehandlingslovens område og tilkende godtgørelse for overtrædelse af loven. Dette fremgår af forskelsbehandlingslovens § 8a:

”Klager over overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling efter denne lov og over overtrædelse af forbuddet mod repressalier i § 7, stk. 2, behandles af Ligebehandlingsnævnet.”¹²⁵

Alle kan klage til nævnet, og det er gratis, men nævnet kan kun behandle klager fra personer, som selv er direkte berørt af den forskelsbehandling, der bliver klaget over. Eksempelvis er en person, der klager til nævnet over et jobopslag, med påstand om, at den er diskriminerende, ikke direkte berørt, hvis personen ikke selv har søgt stillingen. Nævnet afviser derfor sådanne sager.

En afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet kan fastslå, at den pågældende lønmodtager (klager) får medhold, eller at klageren ikke får medhold i klagen. Hvis klageren får medhold, kan klageren tilkendes en økonomisk godtgørelse. Nævnet kan dog også afvise en klage. En klage kan blive f.eks. afvist, hvis nævnet vurderer, at der er behov for mundtlige forklaringer fra parter eller vidner. Bevisførelse i form af mundtlige forklaringer kan ikke ske ved nævnet, da sagsbehandlingen i nævnet sker på skriftligt grundlag.

Nævnet kan ikke udstede bøder eller ændre en afgørelse fra en anden administrativ myndighed eller domstolene. Hvis nævnet har tilkendt klageren en økonomisk godtgørelse, som ikke bliver betalt af den pågældende, der er klaget over, kan klageren bede nævnet om at indbringe sagen for domstolene. Når nævnet indbringer en sag for domstolene, betaler nævnet eventuelle sagsomkostninger for klageren.

Det bemærkes, at hvis en sag om forskelsbehandling bliver ført i det fagretlige system, kan nævnet ikke behandle den samme sag. Nævnet kan heller ikke behandle en sag, som domstolene har behandlet eller er ved at behandle.

¹²⁵ Bestemmelsen blev ændret ved lov nr. 387 af 27. maj 2008 som konsekvens af oprettelsen af Ligebehandlingsnævnet.

7.4.2 Fagretlig behandling

Hvis lovens bestemmelser er implementeret i f.eks. kollektive overenskomster, vil udgangspunktet være, at afgørelse træffes ved fagretlig behandling. Dette indebærer møder mellem de relevante overenskomstparter og herefter ved faglig voldgift eller ved Arbejdsretten. Forskelsbehandlingsloven giver desuden mulighed for, at overenskomstparterne kan vælge at aftale, at enten loven eller det bagvedliggende direktiv (beskæftigelsesdirektivet) skal være gældende.

7.4.3 Afskedigelsesnævnet

Det er også muligt at indbringe sager om urimelige afskedigelser for Afskedigelsesnævnet, da der på DA og LO's område er fastsat en bestemmelse i Hovedaftalen, hvorefter urimelige afskedigelser kan indbringes for Afskedigelsesnævnet. Nævnet skal efter på begæring fra parterne benytte den lovgivning, som giver den bedst mulige retsstilling. Det betyder, at forskelsbehandlingsloven kan påberåbes i Afskedigelsesnævnet med alle de rettigheder og pligter, der følger heraf. Hvis en sag føres for Afskedigelsesnævnet, er nævnets afgørelse endelig, og den kan ikke indbringes for f.eks. domstolene.

7.4.4 Civile domstole

En sag om overtrædelse af forskelsbehandlingsloven kan naturligvis også anlægges ved de civile domstole ved, at lønmodtageren udtager en stævning mod arbejdsgiveren.

8. Relevante links

[Beskæftigelsesministeriet](#)

[Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.](#)

[Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv \("beskæftigelsesdirektivet"\)](#)

[Ligebehandlingsnævnet](#)

[Bekendtgørelse af lov om Ligebehandlingsnævnet](#)

Kontakt:

Beskæftigelsesministeriet
Ved Stranden 8
1061 København K
T 72 20 50 00
bm@bm.dk

Kontaktperson:

Sara Margarite Otmishi
smo@bm.dk