GODTGØRELSE VED FORSKELSBEHANDLING

- på baggrund af alder og handicap

Af
Cecilie Frederikke Timian Stærk - 20184688
Marianne Christiansen Hald - 20153544
Mette Boje Nielsen - 20183073

Uddannelse:
Cand. Merc. Jur

Vejleder:
Bjørn Holtze

Dansk Titel:
Godtgørelse ved forskelsbehandling -på baggrund af alder og handicap

Engelsk Titel:
Compensation for discrimination -on the basis of age and disability

Fagområde:
Ansættelsesret

Afleveringsdato:
17. maj 2023

Abstract

The purpose of this thesis is to examine what is emphasized when assessing compensation in the Discrimination Act[1], as well as whether this assessment is followed in the various courts. In this thesis, legislation is used as a source of law, with the aim of being a legally informative starting point for the thesis area in connection with compensation in the event of discrimination. The baseline, in relation to legislation, is the Discrimination Act. Secondarily, the Equal Treatment Act[2] is used as a supplement.

To investigate the thesis statement, case law is used as a source of law, where judgments from these Danish courts are a starting point: the Supreme Court, the High Court, the District Court, the Maritime and Commercial Court and then the Equal Treatment Board. The judgments consider questions regarding discrimination based on either disability or age in connection with unreasonable termination and subsequent compensation. The judgements are used in this thesis to illustrate what the courts find important when assessing compensation in connection with termination in breach of the Discrimination Act.

The Discrimination Act deals with discrimination which is defined in Section 1, subsection 1:
"Discrimination in this Act means any direct or indirect discrimination based on race, skin color, religion or belief, political opinion, sexual orientation, gender identity, gender expression or gender characteristics, age, disability or national, social or ethnic origin."[3]

The main provision for compensation in the Discrimination Act is section 7, subsection 1, which states: "*Persons whose rights have been violated by violating §§ 2-4 may be awarded compensation."*[4] This provision awards compensation to persons who have been violated under the rules in Sections 2-4 of the Discrimination Act

Considering the legal practice within the Equal Treatment Act and the Discrimination Act, this has shown that the compensation level is set as an individual estimate based on the individual circumstances of the case. In contrast, practice has also shown a tendency to look into the employee's length of service at the time of dismissal. In U.2002.2435/3H, the Supreme Court has concluded that the compensation level must, as a starting point, be a minimum of 6 months' salary, unless there are

[1] Our English translation of Forskelsbehandlingsloven
[2] Our English translation of Ligebehandlingsloven
[3] Directly translated from Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1
[4] Directly translated from Forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1

special circumstances which can argue for a higher or lower compensation. Subsequently, with the judgments U.2013.2575H and U.2015.1H, the Supreme Court has further established that when determining a compensation in cases of discrimination, guidelines should be seen as a starting point, which are formed by jurisprudence from the Equal Treatment Act in the event of termination in breach of the Equal Treatment Act.

In this thesis, seven judgements have been analyzed, where there focus was on which elements the courts based their rulings on, and in the end, the compensation assessments. Moreover the background for these, will be looked at, to see if these comply with the guidelines laid down by case law.

In order to answer the thesis statement regarding what the courts attach importance to when determining compensation, it can be concluded, that the courts attach importance to the length of employment, the nature of the violation, its gravity and background thereof, violation of the principle of equal treatment, whether there was direct or indirect discrimination, lack of adaptation measures, whether the person was covered by the concept of disability and other individual circumstances in the cases. In relation to the question of whether the Equal Treatment Board and the courts follow the guidelines in the Equal Treatment Act section 9 and U.2013.2575H, it can be concluded that the answer is ambiguous. Based on the judgments analyzed in this thesis, a picture emerges that not all courts follow the same starting point for measuring compensation based on the jurisprudence indicated by the Supreme Court after U.2013.2575H.
When the courts measure compensation, they start from the 6, 9 or 12 months, which are the guidelines in the Equal Treatment Act, but they do not necessarily follow the existing guidelines in relation to when a given amount must be given.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning **1**

1.1. Problemformulering 2

1.2. Afgrænsning 2

1.3. Metode 2

1.3.1. Retsdogmatik 2

1.3.2. Retskilder 3

2. Redegørende **4**

2.1. Forskelsbehandlingsloven 4

2.1.1. Forskelsbehandling 5

2.1.2. Alder 6

2.1.3. Handicap 6

2.1.4. Direkte forskelsbehandling 7

2.1.5. Indirekte forskelsbehandling 8

2.1.6. Kollektiv overenskomst i Forskelsbehandlingsloven 9

2.1.7. Hovedbestemmelsen om forskelsbehandling 10

2.1.8. Tilpasningsforpligtelsen 10

2.1.9. Kollektive overenskomster i forbindelse med aldersgrænser 11

2.1.10. Godtgørelse 11

2.1.11. Bevisbyrdereglen 12

2.2. Godtgørelse i Forskelsbehandlingsloven og Ligebehandlingsloven 13

2.2.1. Forskelsbehandlingslovens godtgørelsesområder 13

2.2.2. Arbejdsgiverkrav 14

2.2.3. Godtgørelsens størrelse i Forskelsbehandlingsloven 14

2.2.4. Godtgørelse i Ligebehandlingsloven 16

2.2.5. Usaglig opsigelse 16

2.3. U.2013.2575H. - Afskedigelse af advokatsekretær med ADHD 17

3. Analyse **20**

3.1. U.2014.990V – Autofin A/S – Færdselsuheld 20

3.1.1. Resume af sagen 20

3.1.2. Parternes påstande i Byretten 22

3.1.3. Byrettens domsafsigelse 23

3.1.4. Parternes påstande til Vestre Landsret 24

3.1.5. Vestre Landsrets domsafsigelse 27

3.1.6. Delkonklusion 28

3.2. U.2014.1223S - Salgsmedarbejder afskediget grundet handicap 28

3.2.1. Resume af sagen 29

3.2.2. Parternes påstande i Sø- og Handelsretten 29

3.2.3. Sø- og Handelsrettens domsafsigelse 33

3.2.4. Delkonklusion 33

3.3. U.2015.1.H – Piloter afskediget grundet alder 33

3.3.1. Resume af sagens omstændigheder 33

3.3.2. Forklaringer til Byretten ... 34
3.3.3. Parternes påstande i Byretten ... 35
3.3.4. Byrettens domsafsigelse ... 38
3.3.5. Parternes påstande i Østre Landsret ... 39
3.3.6. Østre Landsrets domsafsigelse ... 40
3.3.7. Højesterets domsafsigelse ... 41
3.3.8. Delkonklusion ... 42

3.4. U.2015.2027H - Piloter afskediget grundet alder ... 42
3.4.1. Resume af sagens omstændigheder ... 42
3.4.2. Parternes forklaringer og påstande til Byretten ... 43
3.4.3. Byrettens domsafsigelse ... 45
3.4.4. Østre Landsrets domsafsigelse ... 45
3.4.5. Højesterets domsafsigelse ... 47
3.4.6. Delkonklusion ... 48

3.5. U.2015.2625S - Opsigelse af kommunal medarbejder grundet handicap ... 48
3.5.1. Resume af sagens omstændigheder ... 49
3.5.2. Parternes påstande i Sø- og Handelsretten ... 50
3.5.3. Sø- og Handelsrettens domsafsigelse ... 58
3.5.4. Delkonklusion ... 60

3.6. Ligebehandlingsnævnets afgørelser J. nr. 2015-6810-42818 - Opsigelse af musiker efter overenskomstmæssig pligtig afgangsalder ... 61
3.6.1. Resume af sagens omstændigheder ... 61
3.6.2. Parternes påstande i Ligebehandlingsnævnet ... 61
3.6.3. Ligebehandlingsnævnets afgørelse ... 63
3.6.4. Delkonklusion ... 64

3.7. Sag B-23-16 - Fleksjobansat opsagt på grund af handicap ... 65
3.7.1. Resume af sagens omstændigheder ... 65
3.7.2. Parternes påstande i Byretten ... 66
3.7.3. Byrettens domsafsigelse ... 67
3.7.4. Parternes påstande i Østre Landsret ... 68
3.7.5. Østre Landsrets domsafsigelse ... 69

4. Konklusion ... 69

5. Litteraturliste ... 76

5.1. Bøger ... 76

5.2. Internetkilder ... 76

5.3. Lovgivning ... 77

5.4. Juridisk litteratur ... 77

5.5. Domme og afgørelser ... 78
5.5.1 Dansk retspraksis ... 78
5.5.2. EU-retspraksis ... 78

5.6. Bilag ... 78
5.6.1. Bilag 1 - Samarbejdsaftalen ... 78
5.6.2. Bilag 2 - Procesafsnit ... 78

5.6.3. Bilag 3 - Skærmprint af antal anslag 78

1. Indledning

Den 1. juli 1996 trådte Danmarks første Forskelsbehandlingslov i kraft. Loven har til hensigt at beskytte lønmodtagere og ansøgere mod enhver form for forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på baggrund af en række udtømmende kriterier.[5] I 2004 blev Beskæftigelsesdirektivet[6] implementeret i Forskelsbehandlingsloven[7] (herefter FBL), hvorfor lovens anvendelsesområde blev udvidet til yderligere at omfatte forbud mod forskelsbehandling på baggrund af alder og handicap.[8] Såfremt en lønmodtager bliver udsat for lovovertrædende forskelsbehandling fra arbejdsgivers side, kan det blive aktuelt at tilkende lønmodtageren en godtgørelse. Der findes ikke nogen lovbestemte minimums- eller maksimumsgrænse for udmålingen af godtgørelser i FBL, hvorfor det er op til domstolene at fastsætte denne på baggrund af den enkelte sags faktiske omstændigheder. Gennem årene har der dog udviklet sig en retspraksis for udmålingen af godtgørelser ved overtrædelse af FBL, hvorved der henses til sagens samlede omstændigheder. Ved Højesterets dom, U.2013.2575H, af 13. juni 2013 (herefter ADHD-dommen) blev det fastslået, at der skal tages udgangspunkt i retningslinjerne, som har udviklet sig via retspraksis i forbindelse med afskedigelse i strid med Ligebehandlingslovens[9] (herefter LBL) § 9 vedrørende afskedigelse af gravide og barslende, hvorfor udgangspunktet for godtgørelse udmåles ud fra en løn svarende til 6, 9 eller 12 måneder[10] med baggrund i lønmodtagers anciennitet. Der kan dog afviges fra denne retspraksis, eftersom der kan foreligge særlige omstændigheder, der kan fravige udgangspunktet.[11]

Den redegørende del i specialet giver en beskrivelse af FBL og de begreber samt paragraffer, der er fundet væsentlige at benytte i specialet. I den analyserende del af specialet, er der fokus på retspraksis, der skal belyse, hvad der bliver lagt vægt på i afgørelserne samt belyse de begreber og paragraffer, som er indeholdt i det redegørende. Til slut konkluderes der på ovenstående for at tydeliggøre de problemstillinger, specialet ønsker at belyse.

[5] VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, Retsinformationen, s. 3f
[6] Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
[7] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.
[8] VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, Retsinformationen, s. 14
[9] Lovbekendtgørelse 2011-06-08 nr. 645 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.
[10] Ibid, § 14, stk. 1, note 62
[11] VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, Retsinformationen, s. 84

1.1. Problemformulering

Specialet ønsker at belyse godtgørelsesniveauerne i FBL og dermed udarbejde en analyse af, hvad Ligebehandlingsnævnet og retsinstanserne lægger vægt på ved udmålingen af godtgørelsen. Endvidere tilsigter specialet at afklare, hvorvidt Ligebehandlingsnævnet og retsinstanserne følger de retningslinjer, som foreligger efter LBL § 9 samt den retspraksis, som ADHD-dommen udgør.

1.2. Afgrænsning

Formålet med dette speciale er at undersøge godtgørelsesniveauerne i FBL. Godtgørelsesniveauerne tager udgangspunkt i de retningslinjer, som opstod på baggrund af ADHD-dommen, som bliver redegjort for senere i specialet. Da der tages udgangspunkt i godtgørelse efter disse retningslinjer, bliver der i specialet kun set på domsafgørelser fra 2013 og i årene herefter. Der forelå ingen konkrete retningslinjer for godtgørelse i forbindelse med forskelsbehandling før afgørelsen af ADHD-dommen, hvorfor det ikke findes væsentligt at medbringe domme, som blev afsagt før 2013.

Der foreligger ligeledes godtgørelsesniveauer og andre ansættelsesretlige regler i Funktionærloven[12] (herefter FUL), men specialet afgrænser sig helt fra denne lov med undtagelse af 120 dages-reglen, som optræder i FUL § 5, stk. 2.

Specialet afgrænser sig i forhold til FBL § 1, da der udelukkende ses på godtgørelse i forhold til sager omhandlende alder og handicap i lovens forstand.

Eftersom vi alene behandler domme omhandlende disse to grupper, bliver EU-retten brugt til understøttelse af argumenter i afgørelserne fra de danske retsinstanser. Der foreligger derfor en delvis afgrænsning fra EU-retten, da den ikke bliver analyseret eller brugt direkte i specialet, men udelukkende redegørende og til understøttelse af argumenter.

1.3. Metode

I følgende afsnit har specialet til hensigt at belyse de metodiske overvejelser samt illustrere anvendelsen af retskilder og litteratur heri.

1.3.1. Retsdogmatik

Specialet tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, som har til formål at beskrive, systematisere og analysere gældende ret[13], hvilket også kaldes *de lege lata*[14].

---

[12] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1002 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer
[13] Munk-Hansen, C., Den juridiske løsning, 2017, s. 13f
[14] Ibid, s. 11

Retsdogmatisk metode har til formål at analysere gældende ret på det valgte område og sammenholde dette med retspraksis.[15] Metoden har ikke til formål at klarlægge og løse en konkret retlig problemstilling, men i stedet klarlægge og belyse retstilstanden.[16] Eftersom den juridiske metode anvendes til at finde en konkret løsning på et problem, benyttes juridisk metode ikke i dette speciale.[17]

1.3.2. Retskilder

Gældende ret kategoriseres i følgende fire former: lovgivning, retspraksis, sædvane og forholdets natur.[18] I dette speciale benyttes lovgivningen som retskilde med det formål at være et retligt informerende udgangspunkt for specialets område i forbindelse med godtgørelse ved forskelsbehandling. Det primære udgangspunkt, i forhold til lovgivning, er FBL. Sekundært anvendes LBL som supplement.

Til at undersøge specialets problemformulering anvendes retspraksis som retskilde, hvor der tages udgangspunkt i domme fra de danske retsinstanser: Højesteretten, Landsretten, Byretten, Sø- og Handelsretten og dernæst Ligebehandlingsnævnet.
Da Højesteret er den øverste instans, er det domme afsagt ved denne ret, som har den højeste retskildeværdi. Dernæst kommer domme, som er afsagt ved Østre og Vestre Landsret. Sø- og Handelsretten ligger en smule højere end Byretten hvad angår retskildeværdi, men dog ikke lige så højt som Landsretten.[19] Ligebehandlingsnævnet afgør udelukkende sager omhandlende forskelsbehandling og bliver anset for et uafhængigt nævn, hvilket stiller dem lavest i forhold til retskildeværdi, da der ikke er tale om en domstol.[20]
Dommene tager udgangspunkt i forskelsbehandling ved enten handicap eller alder i forbindelse med usaglig opsigelse og efterfølgende godtgørelse. Sagerne anvendes i specialet til at belyse, hvad domstolene lægger vægt på ved udmåling af godtgørelse i forbindelse med afskedigelse i strid med FBL.

Juridisk litteratur er i dette speciale med til at belyse områderne forskelsbehandling og godtgørelse, som er skrevet af juridiske fagfolk og dermed kan illustrere forskellige synspunkter på områderne. Den

[15] Munk-Hansen, C., Retsvidenskabsteori, 2022, s. 211
[16] Munk-Hansen, C., Den juridiske løsning, 2017, s. 14
[17] Ibid, s. 13
[18] Ibid, s.15
[19] Organisation. (2023, 28. april), Danmarks Domstole
[20] Om Ligebehandlingsnævnet: Nævnet og sekretariatet. (2020, 17. november). Ankestyrelsen

juridiske litteratur anses ikke for værende en retskilde, eftersom det ikke har nogen demokratisk legitimitet, da juridisk litteratur ikke er omtalt i Grundloven.

2. Redegørende

I følgende afsnit har specialet til hensigt at redegøre for områderne omkring forskelsbehandling i henhold til FBL samt kort om godtgørelse i LBL.

2.1. Forskelsbehandlingsloven

I 1960 tiltrådte Danmark ILO-konvention nr. 111 om forbud mod forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.[21] ILO står for *International Labour Organization*, som er et organ i det tidligere FN, der blev oprettet for at have fokus på arbejdsretlige spørgsmål. Organet blev etableret i 1919 og har haft fokus på mere end 175 konventioner, hvoraf Danmark kun har tiltrådt nogle af dem.[22] Da Danmark tiltrådte ILO-konventionen i 1960 var det daværende Folketing overbevist om, at man opfyldte reglerne for konventionen, hvorfor der ikke blev implementeret selvstændige love på området. I 1995 modtog Ombudsmanden en klage fra Dokumentations- og Rådgivningscenteret om racediskrimination (herefter DRC), der omhandlede arbejdsformidlingen. DRC mente, at der blev taget hensyn til ønsket fra arbejdsgiverne om, at ledige stillinger ikke skulle besættes af andre racer eller personer af anden etnisk herkomst end dansk. Ombudsmanden konkluderede, at denne form for hensyn var diskriminerende, og at det gav anledning til at genoverveje, hvorvidt Danmark havde opfyldt kravene til ILO-konventionen tilstrækkeligt med den daværende racediskriminationslov. Med grundlag i Ombudsmandens udtalelse i denne sag blev der fremsat et lovforslag til den første Forskelsbehandlingslov den 17. januar 1996. Dette lovforslag blev vedtaget og trådte i kraft den 1. juli 1996. Senere blev nye direktiver fra EU, Beskæftigelsesdirektivet og Direktivet om etnisk ligebehandling[23], implementeret i dansk ret.[24] Beskæftigelsesdirektivet tager udgangspunkt i ligebehandling ved beskæftigelse og erhverv, mens Direktivet om etnisk ligebehandling tager udgangspunkt i ligebehandling uanset race eller etnisk oprindelse.[25] Implementeringen af disse to nye

[21] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 45ff
[22] Ibid, s. 21
[23] Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse
[24] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 45ff
[25] Ibid, s. 32

direktiver førte til en ny ændring af FBL i 2004.[26] Efterfølgende er der foretaget ændringer i FBL af flere omgange, hvortil den nyeste ændring skete den 1. juli 2022. Selve lovbekendtgørelsen, som vi kender den i dag, trådte i kraft den 24. august 2017.

Den gældende Forskelsbehandlingslov fra 2017, med senere ændringer, indeholder bestemmelser, som skal definere eller regulere forhold vedrørende forskelsbehandling på arbejdsmarkedet.[27] Loven indeholder et definitions- og anvendelses kapitel, et kapitel om forbud mod forskelsbehandling ved blandt andet alder og handicap, et kapitel om undtagelser, et godtgørelses- og bevisbedømmelses kapitel samt et kapitel om forholdet til anden lovgivning.[28] I det efterfølgende er der lavet en beskrivelse af de paragraffer, der er anvendt i specialets analyserende afsnit.

2.1.1. Forskelsbehandling

Forskelsbehandlingsloven omhandler forskelsbehandling og er defineret i FBL § 1, stk. 1:

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

Bestemmelsen oplister de grupper, der kan udsættes for forskelsbehandling. Bestemmelsen i FBL er udtømmende, hvilket vil sige, at hvis en gruppe ikke er nævnt, falder denne uden for bestemmelsen.[29] I dette speciale er der blandt andet fokus på alder og forskelsbehandling i relation til dette. Ifølge noterne til bestemmelsen gælder beskyttelsen mod forskelsbehandling grundet alder både unge og ældre. Forbuddet indebærer, at der som udgangspunkt ikke må lægges vægt på alderen ved ansættelse, forfremmelse, fastsættelse af løn- og arbejdsvilkår, afskedigelser eller i øvrigt, når det er i forbindelse med beskæftigelse.[30] Derudover er der i specialet fokus på handicap og forskelsbehandling i relation til dette. Ifølge noterne til handicapbegrebet i bestemmelsen kan handicap også udtrykkes som en funktionsnedsættelse. Det kan være medfødt eller opstå i forbindelse med en ulykke, samt være en lægeligt diagnosticeret sygdom. Noterne udpeger endvidere, at funktionsnedsættelsen skal

[26] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 47
[27] Ibid, s. 63
[28] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.
[29] VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, Retsinformationen, s. 4f
[30] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 1, note 9.

være af lang varighed, men karakteren af de tilpasningsforanstaltninger, som arbejdsgiveren skal foretage i forbindelse med medarbejderens funktionsnedsættelse, bliver ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand kan anses for at være omfattet af handicapbegrebet.[31]

2.1.2. Alder

Reglerne om alder i Beskæftigelsesdirektivet blev første gang implementeret i dansk ret i 2004, hvor alderskriteriet blev tilføjet til FBL. Alderskriteriet er blevet ændret flere gange siden, hvor den seneste ændring blev foretaget i 2014. FBL §§ 2-5 indebærer forbud mod at udøve direkte eller indirekte forskelsbehandling i relation til alder ved blandt andet situationer som opsigelse og ansættelse. Det væsentligste ved aldersreglerne er, at det ikke kun er en beskyttelse af ældre medarbejdere men en bredere beskyttelse, der inkluderer alle aldersgrupper.[32]

2.1.3. Handicap

Reglerne om handicap i Beskæftigelsesdirektivet blev, som alderskriteriet, første gang implementeret i dansk ret i 2004, hvor handicapkriteriet blev tilføjet til FBL.[33] Ved vurderingen af, om man har et handicap, indgår hvorvidt medarbejderen har en funktionsnedsættelse, der påvirker de væsentligste arbejdsopgaver, som medarbejderen skal udføre i sin stilling. Selve årsagen til funktionsnedsættelsen er for så vidt underordnet for vurderingen af, om medarbejderen har et handicap. Derimod skal vurderingen af, hvorvidt der er en funktionsnedsættelse bero på en vurdering af alle sagens omstændigheder, hvortil oplysninger fra sundhedsfaglige personer er særligt relevante i den sammenhæng. Det er dog ikke afgørende, hvorvidt medarbejderens tilgrundliggende lidelse er blevet lægeligt diagnosticeret. Funktionsnedsættelsen skal indebære et kompensationsbehov i relation til medarbejderens arbejde, men hvorvidt en tilpasningsforanstaltning kan imødegås er underordnet for vurderingen af, om medarbejderen har et handicap. Derudover skal medarbejderens tilstand være langvarig, og denne vurdering skal foretages på baggrund af alle de objektive beviselementer i sagen. Såfremt tilstanden ikke kan karakteriseres som langvarig på tidspunktet for vurderingen, må der udføres en prognose over tilstandens varighed.[34] Hvis en tilstand har haft længere varighed, men formodes at ville ophøre inden for en kortere tidsperiode, kan tilstanden ikke karakteriseres som langvarig. Det mest afgørende tidspunkt for handicapvurderingen er det tidspunkt, hvor

[31] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 1, note 10.
[32] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 245ff
[33] Ibid, s. 324
[34] Ibid, s. 335

forskelsbehandlingen fandt sted. Det, der efterfølgende måtte ske, får hermed ikke indflydelse på handicapvurderingen, samt hvorvidt der foreligger forskelsbehandling. Arbejdsgivers uvidenhed har ingen betydning for vurderingen af, om der foreligger et handicap, men det kan hjælpe arbejdsgiver med at bevisliggøre andre forhold, der måtte lægge til grund for afskedigelsen. Derudover har arbejdsgiveren ikke pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger, så længe arbejdsgiveren ikke kender og heller ikke burde kende til medarbejderens handicap.[35]

2.1.4. Direkte forskelsbehandling

Begrebet *direkte forskelsbehandling* er defineret i FBL § 1, stk. 2:

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

Definitionen på direkte forskelsbehandling blev indført i FBL ved lovændringen i 2004. Dette betød, at der i dansk ret blev indført en definition, der var identisk med definitionen i Beskæftigelsesdirektivet og Direktivet om etnisk ligebehandling, artikel 2, stk. 2, litra a. Det afgørende efter denne bestemmelse er, "*[...] at en person på grund af de ulovlige kriterier [...] behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation*."[36] Udøvelse af direkte forskelsbehandling er forbudt og medfører ikke, at forskelsbehandlingen kan blive lovlig, uanset om forskelsbehandlingen sagligt kunne begrundes eller betragtes som rimelig eller proportional, jf. princippet ved indirekte forskelsbehandling.[37] Bestemmelsen understreger yderligere, at der ikke skal være et konkret eksempel på et sammenligningsgrundlag, og at man ikke behøver at finde en tilsvarende situation, hvor en person er blevet behandlet bedre eller anderledes, end den repræsenterede person.[38] I visse tilfælde kan der være eksempler på, at forskelsbehandling kan være lovlig, hvilket blandt andet er tilfældet ved forskelsbehandling på baggrund af fastsatte aldersgrænser i kollektive overenskomster i henhold til FBL § 5 a, stk. 3-5, samt ved aldersgrænser for retten til pension- eller invaliditetsydelser, jf. FBL § 6 a.[39]

---

[35] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 336
[36] Artikel 2, stk. 2, litra a - Beskæftigelsesdirektivet og Direktivet om etnisk ligebehandling
[37] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 112f
[38] Ibid, s. 113f
[39] Ibid, s. 114ff

2.1.5. Indirekte forskelsbehandling

Begrebet *indirekte forskelsbehandling* er defineret i FBL § 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, kønsidentitet, kønsudtryk eller kønskarakteristika 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 […]"*

Definitionen på indirekte forskelsbehandling blev ligeledes indført i FBL ved lovændringen af denne i 2004, hvilket også betød, at der, fra Beskæftigelsesdirektivet samt Direktivet om etnisk ligebehandling, artikel 2, stk. 2, litra b, blev indført en næsten identisk definition i dansk ret. I den danske definition af bestemmelsen er der ændret nogle ord i sprogbrugen i forhold til direktiverne. Udtrykket *legitimt formål* blev ændret fra direktivet til *sagligt formål* i FBL og udtrykket *særlig ufordelagtigt* fra direktivet til *ringere end* i FBL. Trods ændringerne af ordene svarer definitionen i FBL indholdsmæssigt til det samme som i direktiverne ifølge bemærkningerne til FBL.[40] Bestemmelsen om indirekte forskelsbehandling i FBL indebærer flere vurderinger, hvoraf den ene omhandler, hvorvidt der foreligger "*[...] en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral"*[41]. En anden vurdering er, hvorvidt dette kriterium med mere *"[...] vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse ringere end andre personer [...]"*[42]. Den sidste vurdering der skal foretages er, hvorvidt den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og om midler til opfyldelse af dette er hensigtsmæssige og nødvendige.[43]

Forskellen på direkte og indirekte forskelsbehandling ses i formuleringen "*[...] en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral [...]"*.[44] I den direkte forskelsbehandling er *en*

---

[40] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 117

[41] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 3

[42] Ibid

[43] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 117f

[44] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 3

bestemmelse, et kriterium eller en praksis ikke neutral men forskelsbehandlende og kan ikke legitimeres sagligt. I den indirekte forskelsbehandling er *en bestemmelse, et kriterium eller en praksis* tilsyneladende neutral, og der skal foretages en vurdering af sagligheden og proportionaliteten efterfølgende.[45]

Sager om indirekte forskelsbehandling i dansk retspraksis har taget udgangspunkt i situationer, hvor man konkret har oplevet forskelsbehandling, men i Betænkning 1422/2002 fastslås det, at det også er nok at fremvise statistisk materiale, der kan påvise ufordelagtigheden og forskelsbehandlingen.[46]

Det er ikke beskrevet, hvilken saglighedsvurdering der skal foretages, før noget kan begrundes i et objektivt sagligt formål, men retspraksis har vist, at der bliver taget almene hensyn og individuelle hensyn.[47]

Proportionalitetsprincippet ses i formuleringen *"midlerne til at opfylde [proportionalitetsprincippet] [...] er hensigtsmæssige og nødvendige*".[48] Heraf menes, at der skal foretages en vurdering af, hvorvidt midlerne er hensigtsmæssige og dermed egnet til at nå ens formål, samt hvorvidt de er nødvendige.[49]

Et af de væsentligste punkter i begrebet *indirekte forskelsbehandling* er, at et tilsyneladende neutralt kriterium eller bestemmelse får en stor indvirkning på medlemmer af en gruppe, som kan identificeres på baggrund af et eller flere af de kriterier, som er beskyttet i bestemmelsen. Et andet væsentligt punkt i bestemmelsen er, at indirekte forskelsbehandling ikke er forbudt, så længe det er tilstrækkeligt objektivt begrundet, og proportionalitetsprincippet er blevet opfyldt.[50]

2.1.6. Kollektiv overenskomst i Forskelsbehandlingsloven

Regler om forskelsbehandling og kollektive overenskomster er defineret i FBL § 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.".*

[45] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 119
[46] Ibid, s. 119f
[47] Ibid, s. 120f
[48] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 3
[49] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 121-122
[50] Nielsen, R. Dansk arbejdsret, 2020, s. 243

Ifølge noterne til denne bestemmelse opstår muligheden for at indgå aftaler om forbud mod forskelsbehandling grundet alder og handicap hos arbejdsmarkedets parter. Sådanne aftaler skal indgås som gennemførelsesaftaler, hvor Beskæftigelsesdirektivets undtagelsesmuligheder udnyttes anderledes, end dem der følger af FBL. I tilfælde hvor der ikke er indgået en kollektiv overenskomst, som gennemfører Beskæftigelsesdirektivet på området, anvender man i stedet FBL.[51]

2.1.7. Hovedbestemmelsen om forskelsbehandling

Den grundlæggende bestemmelse om forskelsbehandling er beskrevet i FBL § 2, stk. 1: *"En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse, eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår."*

Denne bestemmelse præciserer, hvornår der ikke må ske forskelsbehandling og suppleres af særbestemmelser for lønvilkår. Yderligere fastslår bestemmelsen, at forskelsbehandling, som er omfattet af de forbudte kriterier i FBL § 1, er forbudt både før og i forbindelse med en ansættelse, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør.[52] Derudover er bestemmelsen meget bred indholdsmæssigt og omfatter alle arbejdsvilkår, både dem som er fastlagt ved aftale og dem som arbejdsgiveren ensidigt fastlægger.[53]

2.1.8. Tilpasningsforpligtelsen

Forpligtelsen om tilpasning ved handicap er defineret i FBL § 2 a:

> *"Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, 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. Lettes denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor."*

Bestemmelsen skal give en balance mellem arbejdsgiverens forpligtelse til at lave relevante tilpasninger set i forhold til, om det vil være en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Dette

[51] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 1, stk. 7, note 22.
[52] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 130f
[53] Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., § 2, stk. 1, note 24.

skal vurderes ud fra den aflastning arbejdsgiveren måtte opnå gennem foranstaltningerne, hvilket dermed kan danne grundlag for en proportionalitetsvurdering ved handicap.[54]

2.1.9. Kollektive overenskomster i forbindelse med aldersgrænser

Reglerne for kollektive overenskomster og aldersgrænser er defineret i FBL § 5 a, stk. 1:

> *"Bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster og i virksomheders interne reglementer 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."*

Hertil findes der en undtagelsesbestemmelse, som fremgår af lovens § 5 a, stk. 3, som anfører, 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 i § 5 a, stk. 1 fastslår, at regler i kollektive aftaler og overenskomster er ugyldige, hvis de er i strid med FBL §§ 2-5. Denne bestemmelse er den generelle ugyldighedsbestemmelse.[55] Bestemmelsen i § 5 a, stk. 3 omhandler opretholdelsen af aldersgrænser i kollektive overenskomster[56], som er en undtagelsesbestemmelse, der fastslår, at aldersgrænser i visse overenskomster fortsat kan opretholdes[57], såfremt den er objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål.

2.1.10. Godtgørelse

Hovedbestemmelsen for godtgørelse i FBL § 7, stk. 1 er defineret således: "*Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse."* Denne bestemmelse tilkender godtgørelse til personer, der er blevet krænket i henhold til FBL §§ 2-4.[58] Bestemmelsen er suppleret

---

[54] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 122
[55] Ibid, s. 287
[56] Ibid, s. 169
[57] Ibid, s. 287
[58] Ibid, s. 70f

af § 7, stk. 2, som anfører, at *"En person, der udsættes for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, fordi denne har fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse."* Denne er en viktimiseringsbestemmelse, som tilkender godtgørelse til personer, der har fremsat krav om ligebehandling.[59]

2.1.11. Bevisbyrdereglen

FBL § 7 er yderligere suppleret af FBL § 7 a, som defineres således:

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

Denne bestemmelse fastslår, at der foreligger en generel delt bevisbyrde.[60] I bestemmelsen bliver der lagt vægt på følgende tre forhold; om der er faktiske omstændigheder, om disse indebærer en formodning for, at der er sket forskelsbehandling, samt hvorvidt den, der udøver diskrimination, kan bevise, at der ikke er sket en krænkelse.[61] I forhold til de faktiske omstændigheder, skal der foreligge et faktum, der kan påvise, at medarbejderen eller ansøgeren er omfattet af et eller flere beskyttelseskriterier efter FBL. Hermed er det medarbejderen eller ansøgeren, der skal løfte bevisbyrden for dette faktum. Derudover skal medarbejderen eller ansøgeren dokumentere, at arbejdsgiveren har foretaget en handling eller undladelse, der kan relatere sig til kriterierne i FBL, samt dokumentere at handlingen eller undladelsen kommer fra arbejdsgiveren.[62] Medarbejderen skal yderligere løfte bevisbyrden for formodningen om forskelsbehandling. Dermed skal medarbejderen bevise, at der formodentlig enten foreligger direkte forskelsbehandling, eller at de faktiske omstændigheder indirekte kan skabe en formodning om indirekte forskelsbehandling.[63] Hvis det lykkes medarbejderen at bevise både faktiske omstændigheder og formodningen for forskelsbehandling, skal arbejdsgiveren bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket som følge af den givne handling eller undladelse.[64]

---

[59] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 71
[60] Ibid, s. 71
[61] Ibid, s. 180
[62] Ibid, s. 181f
[63] Ibid, s. 182ff
[64] Ibid, s. 184

2.2. Godtgørelse i Forskelsbehandlingsloven og Ligebehandlingsloven

En godtgørelse er en økonomisk kompensation for en ikke-økonomisk skade, hvorfor det ikke er muligt at beregne sit tab specifikt ud fra kroner og øre som ved et økonomisk tab. Godtgørelse er en kompensation for skader og krænkelser på eller af en person.[65] Retten til godtgørelse har hjemmel i forskellige lovgivninger, herunder blandt andet FBL og LBL. I specialet er der særligt fokus på FBL og dennes måde at behandle godtgørelsesområdet på, eftersom der i ADHD-dommen er afsagt retningslinjer ud fra praksis om, at godtgørelsesområdet i FBL skal behandles på samme måde som i LBL. I den forbindelse har LBL ligeledes en væsentlig rolle, da den har dannet baggrund for Højesterets afsigelse vedrørende retningslinjer om samme behandling af FBL og LBL på godtgørelsesområdet.

2.2.1. Forskelsbehandlingslovens godtgørelsesområder

I FBL kan personer tilkendes godtgørelse, såfremt deres rettigheder er blevet krænket ved overtrædelse af FBL §§ 2-4, jf. § 7, stk. 1. Ifølge henvisningen i FBL § 7, stk. 1 til lovens §§ 2-4 har lønmodtageren eller ansøgeren mulighed for tilkendelse af godtgørelse ved overtrædelse af følgende situationer: ved ansættelse i forbindelse med udvælgelse af ansøgere, ved afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse samt ved løn- og arbejdsvilkår.[66]

Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige og nødvendige i betragtning af lønmodtager eller ansøgers behov, såfremt de lider af et handicap.[67] Disse hensyn skal gives, således at den ansatte får de bedste muligheder for at kunne arbejde trods udfordringer. Overholder arbejdsgiveren ikke dette, kan lønmodtageren eller ansøgeren tilkendes en godtgørelse for diskriminerende forskelsbehandling.

Der kan ligeledes tilkendes godtgørelse, hvis lønmodtageren eller ansøgeren ikke har adgang til forskellige former for uddannelse i forbindelse med sit arbejde, såsom erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse, erhvervsvejledning eller omskoling.[68]

Derudover skal lønmodtageren eller ansøgeren have adgang til at udøve selvstændigt erhverv, i tilfælde af, at vedkommende eksempelvis er medlem af en brancheorganisation, for hvilken et medlemskab er vigtigt for at kunne udøve dette erhverv.[69]

---

[65] Ulfbeck, V. & Vagner, HH. (2022, 1. Februar). Den Store Danske - Lex.dk.
[66] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 469f
[67] Ibid, s. 69
[68] Ibid, s. 470f
[69] Ibid, s. 470f

Der kan ligeledes tilkendes en godtgørelse, hvis der ikke foreligger mulighed for at være medlem af en lønmodtager- eller arbejdsgiverorganisation, samt i tilfælde hvor medlemmerne nægtes adgang til de fordele, de kan drage af medlemskabet, hvis det er med begrundelse i forskelsbehandling.
Afslutningsvist kan der tilkendes en godtgørelse, hvis en arbejdsgiver, i forbindelse med eller under ansættelsen af en lønmodtager, anmoder om indhentelse, modtagelse og anvendelse af oplysninger, der vedrører ansøgerens race, hudfarve, religion, tro, politiske anskuelse, seksuelle orientering, kønsidentitet, kønsudtryk, kønskarakteristika, nationale, sociale eller etnisk oprindelse.[70]

2.2.2. Arbejdsgiverkrav

Hvis en lønmodtager vil rette et godtgørelseskrav om forskelsbehandling, skal dette rettes mod arbejdsgiveren. Det er som udgangspunkt ikke arbejdsgiveren selv, der udøver forskelsbehandling, da denne er en juridisk person. Det er derimod medarbejdere, der besidder stillinger som direktører, afdelingsledere eller lignende, som også har kompetence til at handle på vegne af arbejdsgiveren. Varetager man en stilling som afdelingsleder, og udøver en forskelsbehandling, medfører dette ikke, at man bliver et selvstændigt pligtsubjekt. Det vil stadig være arbejdsgiveren, der er ansvarlig for at betale en godtgørelse til lønmodtageren eller ansøgeren for den udøvede forskelsbehandling, og det er dermed arbejdsgiveren, der bliver pligtsubjektet.[71]

2.2.3. Godtgørelsens størrelse i Forskelsbehandlingsloven

I FBL § 7, stk. 1 anføres det, at *"Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse"*, og i LBL § 14, stk. 1 anføres det, at *"Personer, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af §§ 2-5, kan tilkendes en godtgørelse"*. I forarbejderne til lovændringen af FBL i 1996 er det anført, at § 7, stk. 1 skal svare til § 14, stk. 1 i LBL, hvilket også fremgår tydeligt, da begge paragraffer er enslydende. Det er ikke anført klart og tydeligt, at det var hensigten, at godtgørelsesniveauerne skulle være ens, men med formuleringen af de to paragraffer kan det være nærliggende at antage, at dette var tilfældet.[72] Endvidere anføres det i forarbejderne, at godtgørelserne skal dække en ikke-økonomisk skade, som en medarbejder vil lide, såfremt arbejdsgiveren begår en lovovertrædelse af FBL. Yderligere anføres det, at der også er mulighed for at få tilkendt erstatning efter de almindelige erstatningsregler, der følger i dansk ret. Ved lovændringen af FBL i 2004 tilføjede man § 7, stk. 2, som en viktimiseringsbestemmelse, der skal beskytte mod

[70] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 481
[71] Ibid, s. 472f
[72] Ibid, s. 482

repressalier[73], som lyder: *"En person, der udsættes for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, fordi denne har fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse"*.[74] Denne viktimiseringsbestemmelse skal, ifølge forarbejderne til ændringen i 2004, beskrive, at der ikke er anført nogen maksimum- eller minimumsgrænse for størrelsen af godtgørelsen[75], og at godtgørelsen skal fastsættes af domstolene med hensyntagen til sagens individuelle omstændigheder[76]. Grundlaget for undladelsen af størrelsesbegrænsningen på godtgørelser er, at det hævdes, at en sådan begrænsning kan besværliggøre en korrekt udmåling af godtgørelseskravet, samt at det vil være i strid med en effektiv implementering af de bagvedliggende EU-direktiver.[77]

På baggrund af implementeringen af direktivet om etnisk ligebehandling, blev Betænkning 1422/2002 udarbejdet, som skulle fungere som et fortolkningsbidrag med fokus på, hvad der skulle tillægges vægt ved vurderingen af, hvorvidt der kunne tilkendes en godtgørelse samt dennes størrelse. Ifølge Betænkningen skal der lægges vægt på grovheden af krænkelsen, selve formen af krænkelsen, udtrykket af krænkelsen i forhold til, om det er direkte eller indirekte forskelsbehandling, eller om det er en krænkelse inden for chikane. Der skal ligeledes lægges vægt på krænkerens motiv i forhold til udøvelsen af selve forskelsbehandlingen. Derudover skal der foretages en generel vurdering af handlingens egnethed i forhold til at krænke en persons selvværd. Der bør lægges vægt på tidligere praksis indenfor andre eller lignende områder, særligt praksis indenfor ligestillingslovgivningen. Yderligere bør der hentes inspiration fra LBL og dennes praksis, når det kommer til størrelsen af godtgørelsen.[78] Henset til retspraksis indenfor LBL og FBL har dette vist, at godtgørelsesniveauet fastsættes som et individuelt skøn ud fra sagens individuelle omstændigheder. Derimod har praksis også vist en tendens til at lægge vægt på medarbejderens anciennitet på det tidspunkt, hvor medarbejderen blev opsagt. Højesteret har i U.2002.2435/3H fastslået, at godtgørelsesniveauet som udgangspunkt skal ligge på minimum 6 måneders løn, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, som kan tale for en højere eller lavere godtgørelse. Efterfølgende har Højesteret med dommene ADHD-dommen og U.2015.1H yderligere fastslået, at der ved fastsættelsen af en godtgørelse i sager om forskelsbehandling bør tages udgangspunkt i retningslinjer, som er udformet af retspraksis fra LBL ved afskedigelse i strid med LBL § 9. Dette har medført, at det er muligt at fastlægge en godtgørelse til minimum 6 måneders løn, såfremt der foreligger en kort anciennitet. Det

[73] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 511
[74] Ibid, s. 511
[75] Ibid, s. 482
[76] Ibid, s. 482
[77] Ibid, s. 470
[78] Ibid, s. 482ff

antages, ud fra den juridiske litteratur, at en kort anciennitet er svarende til 1 år eller mindre[79]. Retspraksis har efterfølgende fastslået, at godtgørelsesniveauet kan stige til 9 måneders løn efter cirka 1 års anciennitet og yderligere stige til 12 måneders løn efter cirka 6 års anciennitet. Disse grænser er dog kun vejledende, da der stadig skal foretages individuelle skøn over godtgørelsen ud fra sagens omstændigheder. Endvidere viser retspraksis fra FBL og LBL, at der også kan tildeles godtgørelser, som ligger uden for de vejledende grænser på 6, 9, og 12 måneders løn, hvilket vil blive uddybet senere i specialet.[80]

2.2.4. Godtgørelse i Ligebehandlingsloven

Afgørelser indenfor både forskelsbehandling og ligebehandling refererer til den retspraksis, som har udviklet sig i forbindelse med afskedigelser i strid med LBL § 9. Ifølge denne retspraksis er der, som nævnt i afsnit 2.2.3., udviklet vejledende grænser for udmålingen af godtgørelsen. De samme grænser er gentaget i noterne til LBL § 14[81], som er udgangspunktet for godtgørelse i denne lov. Lovens § 14 giver adgang til en godtgørelse, såfremt personens rettigheder, i henhold til lovens §§ 2-5 om ligebehandling, § 9 om afskedigelse af gravide og barslende samt § 15 stk. 1, er blevet overtrådt og i den forbindelse også er blevet krænket. Ifølge LBL § 15 giver denne adgang til godtgørelse ved afskedigelse eller ved ufordelagtig behandling eller følge på baggrund af krav om ligebehandling, jf. §§ 2-4. I lovens § 16 stk. 1 og 2 skal ansættelsen fortsætte ved afskedigelse i strid med § 9, medmindre dette findes helt urimeligt. I den forbindelse tilkendes også godtgørelse, såfremt man udsættes for mindre gunstig behandling. I henhold til LBL § 16, stk. 3 bliver godtgørelsen fastsat med hensyn til medarbejderens ansættelsestid og de øvrige omstændigheder i sagen. Hele § 16 i LBL refererer til afskedigelse i strid med § 9 i LBL.

2.2.5. Usaglig opsigelse

Lønmodtagere kan opsiges ved saglig samt usaglig begrundet opsigelse. Opsigelsen kan, som udgangspunkt, begrundes i medarbejderens eller arbejdsgiverens forhold, men der forekommer ligeledes situationer, hvor opsigelsen kan begrundes i samarbejdsvanskeligheder. Det er vigtigt, at medarbejderen er opmærksom på, hvilken begrundelse der er givet for opsigelsen, da det kan have afgørende betydning for, hvorvidt opsigelsen er berettiget eller ej. Begrundelsen kan have afgørende

[79] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 501
[80] Ibid, s. 500f
[81] Lovbekendtgørelse 2011-06-08 nr. 645 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv., § 14, stk. 1, note 62

betydning, hvis den er begrundet i et usagligt forhold. Hvis opsigelsen derimod er begrundet i saglige forhold, kan medarbejderen ikke gøre indsigelser mod sin arbejdsgiver for uberettiget opsigelse.[82]
Såfremt en medarbejder bliver usagligt opsagt, betyder det, at vedkommende opsiges uden rimelig begrundelse for opsigelsen i hverken medarbejderens eller arbejdsgiverens forhold. Udgangspunktet for opsigelser er, at der skal være en rimelig saglig begrundelse herfor. Derudover må opsigelsen ikke begrundes i personlige forhold.[83]

I dette speciale arbejdes der med usaglige opsigelser i henhold til FBL, som stiller krav om, at der ikke må ske opsigelse på baggrund af forskelsbehandling. Når arbejdsgiveren skal foretage opsigelser, skal disse begrundes i objektive og saglige forhold. Eftersom der ikke er en egentlig definition på, hvad en usaglig opsigelse er, skal der altid foretages en konkret individuel vurdering af sagen fra gang til gang. Som udgangspunkt er det altid medarbejderen selv, der skal bevise, at opsigelsen indeholder en usaglig begrundelse og dermed ikke er berettiget. Medmindre opsigelsen er begrundet i virksomhedens forhold, er det arbejdsgiveren, der skal bevise opsigelsens saglighed. Udsættes en medarbejder for en usaglig opsigelse, kan dette medvirke til tilkendelse af godtgørelse.[84]
Som nævnt tidligere arbejder dette speciale med FBL, som giver adgang til godtgørelse ved krænkelse af de rettigheder, der tilkommer en i henhold til lovgivningen, jf. FBL § 7, stk. 1. Derudover kan godtgørelse tilkendes, såfremt man bliver ufordelagtig behandlet eller udsættes for ufordelagtige følger i forbindelse med fremstilling af krav om ligebehandling, jf. FBL § 7, stk. 2. Foreligger der tvivl om, hvorvidt baggrunden for opsigelsen er saglig eller usaglig, er der mulighed for at få tilkendt godtgørelse. Hvorvidt der foreligger en realistisk mulighed for tilkendelse af godtgørelse i forbindelse med usaglig opsigelse beror på en konkret og individuel vurdering af sagen.[85]

2.3. U.2013.2575H. - Afskedigelse af advokatsekretær med ADHD

Denne redegørelse viser grundlaget for, at der ved sager omhandlende godtgørelse, i forhold til FBL, tages udgangspunkt i retningslinjerne i LBL § 9.

ADHD-dommen omhandler bortvisning af en advokatsekretær på baggrund af hendes ADHD-diagnose.

[82] Paulsen, J., Afskedigelse: Genansættelse, godtgørelse og erstatning, 1997, s. 288
[83] Legal Desk. (2023, 17. Januar). Usaglig Opsigelse. Legaldesk.dk
[84] Ibid
[85] Ibid

Sagsøger, A, blev ansat i et barselsvikariat, som advokatsekretær, med virkning per 5. maj 2008. A var til ansættelsessamtale den 19. april 2008, hvor sagsøgte, B, og to advokatsekretærer var til stede. B havde været til stede ved samtalen i omkring 20 minutter, hvorefter det resterende af samtalen foregik mellem de to sekretærer og A.

A havde, et par dage forinden, fået diagnosticeret ADHD, hvilket hun påtalte over for de to sekretærer. A fortalte yderligere, at hun var i medicinsk behandling for sin lidelse, og at hendes diagnose gjorde, at hun ønskede orden i papirerne og en arbejdsdag i rammer. Derudover gjorde A opmærksom på, at der ikke skulle tages specielle hensyn til hende på baggrund af sin lidelse. A havde ikke fortalt om sin diagnose, mens B var til stede, da hun ikke følte, at det faldt naturligt i samtalen på daværende tidspunkt. Hun var dog ikke klar over, om sekretærerne efterfølgende havde valgt at videregive informationen til B.

A mødte ind til sin første arbejdsdag den 5. maj 2008 og blev taget imod af de tre andre sekretærer på kontoret. B var ikke til stede på dagen, og A nåede heller ikke at arbejde sammen med B i hendes ansættelsestid.

A havde ingen kontroverser haft i sin ansættelsestid. Hun havde et ønske om at få en optisk mus i stedet for en kugle mus, da denne ville være mere præcis. Derudover havde A ingen specielle ønsker til inventar på kontoret.

Den 8. maj 2008 modtog A et opsigelsesbrev underskrevet af en af de andre sekretærer på vegne af B. Af opsigelsesbrevet fremgik det blandt andet:

> *"…*
> *Det er med beklagelse, at Advokatfirmaet Hans Boserup, ser sig nødsaget til at opsige dig i din stilling som barselsvikariat på kontoret med virke fra dags dato.*
> *Det der ligger til grund for opsigelsen er manglende information ved ansættelsesaftalens start om din diagnosticerede helbredsmæssige tilstand*
> *…"*[86]

Samme dag uddybede B opsigelsen i endnu et brev, hvor det fremgik:

[86] U.2015.2575H, s. 3

"…

I fortsættelse af Sabine Fischers skrivelse af d.d. bemærker jeg, at opsigelsen med dags varsel juridisk skal forstås som en bortvisning. Jeg beklager det dramatiske udtryk. Da du havde møde med Irina, Alice samt undertegnede ville det ikke alene have været pænt af dig, at fortælle om din helbredsmæssige lidelse som har og som kræver løbende terapi som psykolog, psykiater, fysioterapeut og som ligeledes kræver specielindretning af din arbejdsplads … Hvis du havde oplyst om dine særlige forhold kunne vi have overvejet om vores kontor var det rigtige sted for dig. Vi ville være nået til konklusionen, at alene det at undvære dig når du skulle til behandling og dine særlige behov ville ligge en for stor arbejdsbyrde på de andre på kontoret … Vi ville have været mere end bekymrede for om dit behov for struktur, forudsigelighed og ro ville føre til voldsomme konflikter i for hold til dette klientel […]

Jeg beder dig venligst forstå, hvis du loyalt havde oplyst om disse særlige forhold under samtalen ville vi ikke kunne have ansat dig, uanset at du fremstår kvik, begavet og med en række særlige færdigheder som vi gerne ville gøre brug af [...]"[87]

Den 9. maj henvendte A sig til B per mail, hvor hun udtrykte uenighed i forbindelse med begrundelsen for selve opsigelsen. Efter denne mail fortsatte en længere mailkorrespondance mellem A og B, hvor de udvekslede uenigheder vedrørende opsigelsen. Under denne korrespondance blev A tilbudt to måneders prøvetid til at bevise, at hendes diagnose ikke ville få betydning for hendes virke på arbejdspladsen. Dette tilbud valgte A at takke nej til, da hun ikke længere følte sig velkommen på kontoret.

Under retsmøderne i Sø- og Handelsretten blev symptomerne på ADHD konkretiseret. Endvidere blev det konkluderet, hvor mange af disse symptomer, der skal gøre sig gældende hos en person, før der er tale om decideret ADHD, samt hvor stort et handicap der i den forbindelse er tale om. Da disse kriterier blev læst op ved retsmøderne, kunne A nikke genkendende til de fleste, hvorfor hun var af den opfattelse, at hendes diagnose kunne betegnes som et handicap.

HK Danmark anførte, at A's ADHD-lidelse kunne anses for værende et handicap i henhold til FBL, og at et kompensationsbehov ikke var en nødvendighed for, at en person kunne være omfattet af handicapbegrebet. På den baggrund blev A's bortvisning, med hendes ADHD-lidelse som grund, anset for at være i strid med FBL, jf. § 2.

[87] U.2013.2575H, s. 3

Svaret til et af spørgsmålene i den lægefaglige vurdering fastslog, at det havde været muligt at beholde A som ansat på kontoret, hvorfor bortvisningen blev anset som usaglig og unødvendig. Efter de omstændigheder, som blev fremført i sagen, havde A krav på en godtgørelse efter FBL § 7, stk. 1. Sø- og Handelsretten valgte at udmåle godtgørelsen til et beløb svarende til 4 måneders løn, da der var tale om en tidsbegrænset ansættelse og dennes korte varighed på blot 4 dage.

Sagen blev anket til Højesteret, som kom frem til et andet resultat end Sø- og Handelsretten. Efter sagens oplysninger, navnlig de lægefaglige oplysninger, gjorde Højesteret det klart, at A's ADHD lidelse var af en sådan grad, at hun var omfattet af handicapbegrebet i FBL. Højesteret gjorde det yderligere gældende, at A var blevet bortvist på baggrund af sin ADHD-lidelse, hvorfor der forelå direkte forskelsbehandling efter FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2.

Højesteret mente, at der, efter sagens oplysninger, burde fastsættes en godtgørelse, jf. FBL § 7, stk. 1, som tog udgangspunkt i den praksis, der blev set i LBL om opsigelse af gravide lønmodtagere. Udgangspunktet kommer fra praksis ved afskedigelser, som har været i strid med LBL § 9, og Højesteret mente ikke, at der var grundlag for at fravige dette i op- eller nedadgående retning. På trods af, at der var tale om en tidsbegrænset ansættelse, blev godtgørelsen fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn.

3. Analyse

Det følgende afsnit i specialet har til hensigt at analysere retspraksis, med udgangspunkt i godtgørelsesniveauerne i FBL.

3.1. U.2014.990V – Autofin A/S – Færdselsuheld

Sagen U.2014.990V omhandlede, hvorvidt A blev opsagt på grund af sit handicap og dermed i strid med FBL.

3.1.1. Resume af sagen

Skadelidte (herefter A) havde været ansat ved Autofin A/S fra 2002 til 2009, hvor hun var ude for et færdselsuheld den 23. oktober 2005, der resulterede i efterfølgende rygproblemer. A havde stort set intet sygefravær op til uheldet. Ved lægen blev hun henvist til smertedækkende fysioterapi, og A var herefter i stand til at varetage sit arbejde uden de store problemer. A's chef, Lars Dybdahl, sørgede for, at A fik en anden stol efter hændelsen, således at hun nærmest kunne ligge ned. Derudover fik A

en pilatesbold, som hun kunne benytte til diverse øvelser til ryggen, samt headset og hæve-sænke-bord, så hun havde mulighed for at variere sine arbejdsstillinger i løbet af dagen. I 2007 begyndte A at få det bedre, og hendes sygefravær dalede. Den 17. november 2007 blev A opereret for blindtarmsbetændelse, hvorefter hun var sygemeldt i en periode frem til den 14. januar 2008 grundet komplikationer. A vendte tilbage til arbejdet den 4. januar 2008, men eftersom hun ikke havde været i stand til at holde sin ryg ved lige med træning, var hun nødt til at starte forfra, hvilket hun talte med Lars Dybdahl om. Herunder blev muligheden for en ny specialstol drøftet. I april 2008 var alle medarbejderne inviteret til Mallorca på firmatur, hvor A også deltog. I september 2008 begyndte A at stå mere for husholdningen derhjemme. De havde håndværkere til at arbejde på taget, og i den forbindelse måtte A flytte nogle tagplader for at kunne komme ud med bilen. Dette resulterede i en forværret tilstand af A's ryg, hvorfor hun henvendte sig ved sin læge med et ønske om at starte til fysioterapeut. Fra den 3. oktober til den 23. november samme år var A fuldtidssygemeldt, hvor hun drøftede årsagen hertil med Lars Dybdahl og bogholderen. I den forbindelse tilbød direktør, Camilla Christensen, A et rum med tilhørende madras, hvor A kunne lægge sig om nødvendigt. Den 24. november 2008 startede hun op på deltid som aftalt med Lars Dybdahl og bogholderen, og hun startede oplæring af nyansatte Mette Simonsen, som skulle aflaste A's arbejdsopgaver.

Af en journal fra jobcentret af den 13. januar 2009 fremgik det, at A skulle være opmærksom på, hvordan hun gebærdede sig, og at hun fortsat ville være delvist uarbejdsdygtig og arbejde på nedsat tid, men i opadgående retning. Det fremgik yderligere, at man forventede raskmelding fra den 1. februar 2009. A var således fortsat delvist sygemeldt i 2009 og arbejdede 7-14 timer med selvbetalt ugentlig fridag. Hun havde til hensigt at arbejde sig op i tid, men A havde svært ved at se, hvordan det kunne lade sig gøre, hvilket hun drøftede med Lars Dybdahl, som gentagne gange spurgte A, om hun ikke snart var rask. A måtte flytte rundt på sine arbejdsopgaver, så hun havde mulighed for at bevæge sig, og hun følte ikke, der var en accept af hendes tilstand.
Den 14. januar 2009 fik A besked om et tilbud om at komme på rygcenter i april eller maj måned, hvilket hun forelagde for Lars Dybdahl, som i den forbindelse ytrede, at han således ikke så anden mulighed end at opsige hende. A modtog herefter, den 30. januar 2009, en skriftlig opsigelse med fratræden den 30. juni 2009 under henvisning til, at opsigelsen skyldtes indskrænkning i medarbejderstaben grundet væsentlig længerevarende ordrenedgang. A havde ikke mærket nogen bemærkelsesværdig nedgang i forhold til belastningen på autoreklame, og hun undrede sig dermed over begrundelsen for opsigelsen.

Den 3. november 2009 konkluderede en speciallæge i neurokirurgi, at A, efter ulykken, havde pådraget sig forvridning i lænden med efterfølgende tiltagende gener, som havde været uændrede i et halvt år, hvorfor de måtte antages at være stationære. Det forventedes fra speciallægens side, at A kunne klare et arbejde på nedsat tid uden tunge løft, såfremt der forelå mulighed for hyppige arbejdsstillingsskift.

3.1.2. Parternes påstande i Byretten

På baggrund af ovenstående nedlagde A påstand om, at hun led af et handicap på tidspunktet for opsigelsen, jf. FBL § 1, hvorfor hun påstod at være blevet udsat for diskrimination.
I Byretten lagde HK Danmark, som var mandat for A, vægt på, at der ikke var nogle tal, der kunne lægges til grund for opsigelsen begrundet i ordrenedgang, eftersom A's primære arbejdsplads ikke var ramt af nogen betydelig nedgang. Desuden ansatte virksomheden senere en ny medarbejder til at varetage A's arbejdsopgaver. HK Danmark begrundede yderligere, at der måtte henses til, at med A's anciennitet og kompetencer taget i betragtning var det ikke velbegrundet at opsige netop hende, såfremt en opsigelse fortsat havde været økonomisk nødvendig. Ansættelsen af en ny medarbejder kunne ikke godtgøres, eftersom det ikke fandtes bevist, at A ikke var kompetent til at udføre sine arbejdsopgaver. Det fandtes yderligere heller ikke bevist, at A var den mest undværlige. Det bestrides, at der forelå nogen form for undskyldende omstændigheder, men at ansættelsen af en ny medarbejder derimod var en skærpende omstændighed, der burde medføre den højeste godtgørelse. Hertil hævdede Autofin A/S, at opsigelsen af A var en nødvendighed begrundet i en generel ordrenedgang på 30 %, hvilket også ramte reklameartikler, som A sad med. Autofin A/S begrundede afskedigelsen af netop A med, at der var andre medarbejdere, der kunne udføre arbejdet på flere områder end A. Den nyansatte blev ansat på baggrund af en forventning om, at han kunne øge omsætningen.

Ifølge HK Danmark forelå der ikke nogen plausibel årsag til at opsige netop A frem for andre, hvorfor der var evidens nok til at formode, at der var udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling i henhold til FBL § 7 a. HK Danmark mente derfor, det var op til virksomheden at bevise, at de ikke havde kendskab til A's handicap på opsigelsestidspunktet. I den forbindelse blev der lagt vægt på, at A's ryglidelse hele tiden havde været kendt af virksomheden samt medarbejderne, og at Lars Dybdahl løbende blev orienteret om tilstanden, hvorfor de ifaldt ansvar for at have opretholdt opsigelsen på trods af kendskabet under opsigelsesperioden.

Autofin A/S gjorde gældende, at A ikke var omfattet af handicapbegrebet i henhold til FBL på opsigelsestidspunktet, da der ikke forelå en varig funktionsnedsættelse, samt at der ikke var noget

egentligt kompensationsbehov, da nedsat arbejdstid ikke kunne tages i betragtning. De lagde vægt på, at der i tre år ikke var lægejournaler, der henviste til ryg generne, og da smerterne vendte tilbage, var der stadig ikke tale om en varig funktionsnedsættelse. Efter Autofin A/S' overbevisning, havde de ikke været bekendt med, at der skulle foreligge et handicap, men udelukkende at der var tale om sygdom. For dem at se passede A sit arbejde, når hun ikke var syg, og der var ingen form for arbejde, der var umulig for hende at bestride. Derudover var der ikke taget særlige kompensationshensyn, eftersom de andre medarbejdere ligeledes havde adgang til hæve-sænke-borde og headset. Der var ikke noget, som tydede på, at A ikke ville blive raskmeldt og komme tilbage på fuld tid. Autofin A/S var yderligere ikke bekendt med, at A havde en forestående indlæggelse på rygcenter.

Autofin A/S påstod, at der forelå retsfortabende passivitet fra A's side, idet det først var et år efter opsigelsen, den 13. januar 2010, der blev rejst krav mod Autofin A/S i medfør af FBL. Hertil anførte A, at Autofin A/S ikke havde haft en berettiget forventning om, at dette ikke ville blive tilfældet, idet det er berettiget at vente til efter fratrædelsen.
Arbejdsskadestyrelsen fastsatte i november 2010 A's méngrad til 5 %, men de mente ikke, at hendes mén udelukkende kunne tilskrives ulykken. A bestred, at lidelsen helt eller delvist skyldtes hendes medvirken til taglægning.
Den 27. januar 2012 blev A berettiget til fleksjob, da hendes arbejdsevne var varigt begrænset. Hendes effektive arbejdsevne blev estimeret til omkring 75 %, som svarede til cirka 12 timer per uge. Lars Dybdahl var ikke indkaldt til at afgive forklaring.

3.1.3. Byrettens domsafsigelse

Byretten lagde A's forklaring til grund for forløbet, idet hendes anbringender støttedes af det faktum, at Lars Dybdahl ikke blev indkaldt for at bestride A's redegørelse af forløbet, samt at hendes forklaring yderligere blev støttet op af lægeerklæringer.

Retten anførte, at A havde rygproblemer, som medførte lændesmerter og andre gener, som var grundlæggende forårsaget af trafikuheldet i 2005. Disse gener var af langvarig karakter, og det var ikke muligt at begrænse smerterne, hvorfor hun endte med en funktionsnedsættelse, som nødvendiggjorde kompenserende foranstaltninger, så hun var på lige fod med sine kollegaer. På den baggrund var Retten af den opfattelse, at A på opsigelsestidspunktet var omfattet af handicapbegrebet i henhold til FBL. Dette var Autofin A/S bekendt med, og det havde ingen betydning, hvorvidt generne blev værre som følge af taglægningen eller anden aktivitet. På den baggrund mente Retten, at A havde påvist faktiske omstændigheder, som indikerede, at der var udøvet direkte eller

indirekte forskelsbehandling, hvorfor det var op til Autofin A/S at påvise, at ligebehandlingsprincippet blev overholdt, jf. FBL § 7 a.

På baggrund af Autofin A/S' ansættelse af en ny medarbejder til overtagelse af A's arbejdsopgaver, mente Retten ikke, at Autofin A/S havde godtgjort nødvendigheden for A's opsigelse, hvorfor bevisbyrden for overholdelse af FBL ikke blev løftet. Derfor fandt Byretten, at opsigelsen af A var i strid med FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3.
Eftersom Autofin A/S var i besiddelse af resultaterne af de neurologiske undersøgelser af A, kunne Autofin A/S ikke have nogen berettiget forventning om, at A ikke ville rejse krav mod dem, og det kunne derfor ikke føre til bortfald af kravet.
På baggrund af ovenstående tilkendte Byretten A en godtgørelse svarende til 140.000 kr. med tillæg og renter i medfør af FBL § 7, stk. 1 fastsat efter ansættelsesforholdets varighed samt sagens omstændigheder.

3.1.4. Parternes påstande til Vestre Landsret

Sagen blev anket til Vestre Landsret, hvor Autofin A/S gentog påstand om frifindelse, og HK Danmark ligeledes gentog sine påstande.
I Landsretten hævdede Camilla Christensen fra Autofin A/S, at samtlige arbejdspladser i virksomheden var individuelt indrettede. A fungerede på lige fod med de resterende medarbejdere, og hun havde ikke behov for særligt udstyr. Hæve-sænke-borde var almindeligt på arbejdspladsen, hvilket Autofin A/S derfor ikke mente, indikerede varighedens længerevarende karakter.
I modsætning hertil hævdede A, at hun, under sygemeldingen med blindtarmen i 2008, ikke længere kunne gå til træning med ryggen, hvorfor hendes ryg blev dårligere. Dette medførte, at A havde flere dage, hvor hun måtte gå hjem før tid, efter hun kom tilbage fra sygemelding i november 2008, hvorfor Camilla Christensen tilbød A en madras til hvile efter behov. Eftersom Camilla Christensen ikke kunne udelukke, at hun havde tilbudt A en madras til hvile, såfremt nødvendigt, mente HK Danmark, at dette gav anledning til at tro, at Autofin A/S var bevidst om A's rygproblemer.

Ifølge Camilla Christensen ophørte henvendelserne fra kunderne mere eller mindre over natten i september 2008, og Autofin A/S forsøgte at beholde så mange som muligt, således at afskedigelser kunne undgås. HK Danmark mente ikke, at der var dokumentation på, hvorvidt nedgangen i omsætningen ud fra omsætningstallene i fjerde kvartal 2008 var baseret på sæsonudsving. I den forbindelse fremgik det, at reklameafdelingen var den afdeling, der var mindst ramt på omsætningen i den periode.

Ifølge HK Danmark blev A sygemeldt, efter der havde været håndværkere på hendes hus, hvilket ikke blev drøftet med A i Autofin A/S. Det var ikke realistisk for A at arbejde på fuld tid i efteråret 2008, hvilket gik ud over A's fritid og privatliv. Lars Dybdahl havde sagt, at hun skulle blive væk til hun var rask, men A ville dog ikke blive rask af at gå hjemme, hvorfor hun startede på deltid. Ifølge Autofin A/S kom A efterfølgende på nedsat tid med henblik på at arbejde sig op på fuld tid. A skulle i den forbindelse have informeret Camilla Christensen om, at hun ville øge arbejdstiden i løbet af januar 2009 og starte på fuld tid per 1. februar 2009, hvilket ikke skete. Hun henvendte sig ikke med specielle behov i denne periode. Det fremgik af jobcentrets journalføring af 13. januar 2009, at A havde oplyst bedring i sit arbejde, men at det krævede, at hun skulle være opmærksom på sine handlinger. Det fremgik yderligere, at hun var på vej op i tid, samt at det forventedes, at A ville blive raskmeldt den 1. februar 2009.

I modsætning til Autofin A/S' påstand, gjorde HK Danmark gældende, at A ikke var bekendt med jobcentrets notater omkring en forventet raskmelding per 1. februar 2009. Hun havde snakket med jobcentret om øget arbejdstid, hvilket hun hurtigt var blevet klar over ikke var en mulighed, men hun fik ikke meddelt dem dette. Ifølge A havde hun ikke talt med Camilla Christensen om, at hun forventede at komme tilbage på fuld tid, da det var bogholderen, hun havde som kontaktperson.

Autofin A/S mente ikke, der var noget, der understøttede A's påstand om at skulle have oplyst Autofin A/S om opholdet på rygcentret. Dette fremgik først af jobcentrets journalføring af 10. februar 2009. Camilla Christensen havde ikke hørt om opholdet, og hun mente, at såfremt Lars Dybdahl havde været bekendt hermed, havde han informeret hende.
Ifølge HK Danmark blev A, den 14. januar 2009, tilbudt et ophold på rygcenteret, hvilket hun takkede ja til. Efter opholdet blev hun bedt om at afspadsere indtil hendes fratræden, selvom hun ønskede at afprøve, om hun var bedre i stand til at klare sine arbejdsopgaver.

Camilla Christensen fortalte, at det, ved afskedigelser som disse, var nødvendigt at kigge på, hvem der havde spidskompetencerne, og i den forbindelse var der medarbejdere, der var bedre kvalificerede til jobbet end A. Derfor hævdede Autofin A/S, at der forelå en saglig vurdering af afskedigelsen af A, idet virksomheden havde brug for Mette Simonsens kompetencer som grafiker. HK Danmark mente dog, at A nemt kunne blive oplært i at kunne de samme ting som Mette Simonsen.

Ved en rundbordssamtale med jobcentret den 26. februar 2009 havde Camilla Christensen givet udtryk for et ønske om, at den økonomiske krise ville være hurtigt overstået, således at de kunne beholde A som medarbejder. A blev betegnet som "*det svageste led*" i organisationen, hvilket, ifølge Camilla Christensen, ikke havde noget med hendes sygemeldinger at gøre. Andre medarbejdere blev ikke afskediget trods helbredsmæssige problemer og fleksjob. Selvom A var den eneste administrative medarbejder, der blev opsagt, var der stadig andre ansatte, der blev afskediget uden genbesættelse.
A forklarede modsætningsvist i Retten, at hun var den eneste, der arbejdede med reklamer, hvorfor hun ofte måtte arbejde over, hvilket ikke længere kunne lade sig gøre efter trafikuheldet, hvor hun ofte var nødt til at gå hjem før tid. Når A var syg, ringede Lars Dybdahl ofte til hende med spørgsmål til arbejdsopgaverne i afdelingen. Siden trafikuheldet havde hun ikke arbejdet fuld tid, som udgjorde 32 timer, hvorfor hun reelt set arbejdede deltid indtil sin sygemelding. Hun havde skånebehov, og hun opfattede ikke sig selv som normalt arbejdende mellem 2005 og 2008, da hun kunne meget mindre, og hun var nødt til at skabe vekslende arbejdsstillinger.

Efter afskedigelsen af A ansatte Autofin A/S en ny medarbejder, Jens Svendsen. Autofin A/S mente, at Jens Svendsens ansættelse var betinget af, at han præsterede et godt resultat. Jens Svendsens arbejdsopgave var salg og blev senere efterfulgt af kurser i reklameartikler, hvorefter hans arbejdsopgaver kom til at omfatte dette område også.
HK Danmark mente ikke, at Autofin A/S havde løftet den bevisbyrde, der forelå dem efter FBL § 7 a, eftersom forklaringen om omfordelingen af arbejdsopgaver efter afskedigelse af de medarbejdere, som bedst kunne undværes, gav anledning til at mene, der forekom forskelsbehandling.

Autofin A/S mente ikke, det fandtes dokumenteret, at A's sygefravær i perioden fra færdselsuheldet og tre år frem skyldtes rygproblemer, idet der af en lægeattest fra november 2005 anførtes, at sygdommen ikke blev anset som værende af langvarig og kronisk karakter, samt at der i denne periode ikke var noget anført i A's lægejournaler. Den 16. september 2008 blev det dog anført i A's journal, at hun havde løftet tagplader forinden henvendelsen ved sin læge. Derudover henviste Autofin A/S til, at der i et notat fra jobcentret den 4. marts 2009 fremgik, at A's tilstand forventedes at være blevet udløst af travlhed på arbejdet og for mange siddende timer, som havde forårsaget en låst ryg.
HK Danmark mente derimod, at hun i januar 2009 var så belastet af smerterne i sin ryg, at hun ikke var i stand til at passe sit arbejde, for hvilket det faktum, at der først forelå en lægeerklæring i november 2009 ikke havde nogen indflydelse. Hvornår tilstanden opstod forud for opsigelsen havde ingen betydning herfor. Efter A's egen opfattelse opstod rygproblemerne efter færdselsuheldet i 2005, og A talte åbent med sine kollegaer om problemerne, og det var udelukkende ryggen, der var årsag til

hendes sygefravær efter ulykken. I november 2005 underskrev en medarbejder hos Autofin A/S en refusionsaftale, hvoraf det fremgik, at A led af forskubbet bækken samt rygsøjle.

Autofin A/S mente ikke, der forelå et handicap, da det ikke kunne sidestilles med sygdom, jf. C-13/05, Navas, præmis 44[88] og 57[89]. At A udtrykte smerter på arbejdspladsen i slutningen af 2008, var ikke en indikation på, at dette ville være af langvarig karakter, hvorfor Autofin A/S ikke mente, det var bevist, at der på opsigelsestidspunktet var tale om en langvarig tilstand. Hertil hævdede HK Danmark, at det afgørende for, hvorvidt der foreligger et handicap, som det forstås i LBL § 1, er, hvorvidt man har en funktionsnedsættelse. De mente, det var uden betydning for handicapbegrebet, hvorvidt funktionsnedsættelsen kunne kompenseres.

I forhold til udmålingen af godtgørelsen havde HK Danmark fremsat påstand om, at udmålingen skulle ske i henhold til retningslinjerne, som blev anvendt efter LBL, hvorfor A, henset til ancienniteten på syv år, burde tilkendes en godtgørelse svarende til 18 måneders løn. I modsætning til dette havde Autofin A/S fremsat påstand om, at udmålingen af en eventuel godtgørelse efter LBL maksimalt burde svare til 6 måneders løn. Derudover havde de fremsat påstand om, at godtgørelseskravet burde bortfalde, hvis der blev udvist passivitet.

3.1.5. Vestre Landsrets domsafsigelse

Landsretten begrundede, at handicapbegrebet omfattede en tilstand, der var lægeligt diagnosticeret som en helbredelig eller uhelbredelig sygdom, som med lang varighed begrænsede A i, på lige fod med andre arbejdstagere, at udføre sit arbejde på arbejdspladsen. Det havde ingen afgørende betydning for, hvorvidt en persons helbredstilstand blev anset for værende omfattet af handicapbegrebet, at nødvendige foranstaltninger havde en vis karakter.

Landsretten vurderede, at A, på baggrund af hendes forklaringer samt hendes sygedage og de lægelige oplysninger i sagen, led af et handicap på tidspunktet for opsigelsen.

Der blev lagt vægt på, at der ikke var udsigt til, at A kunne genoptage sin stilling på fuld tid inden for en kort fremtid. Derudover blev der senere ansat en ny medarbejder, der kom til at bestride forskellige af A's tidligere funktioner. Dette gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling,

[88] C-13/05, Navas, præmis 44: *"Lovgiver har dog, ved anvendelsen af begrebet »handicap« i direktivets artikel 1, bevidst valgt et udtryk, der adskiller sig fra »sygdom«. En umiddelbar sidestilling af de to begreber er derfor udelukket."*

[89] C-13/05, Navas, præmis 57: *"Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at sygdom i sig selv ikke kan anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78."*

hvorfor det tilkom Autofin A/S at bevisliggøre, at der ikke forelå en krænkelse af ligebehandlingsprincippet. Dette kunne Autofin A/S ikke formå, eftersom det ikke kunne retfærdiggøres at opsige netop A på baggrund af ordrenedgang eller på anden vis.
Herefter fandt Landsretten, at A skulle tilkendes godtgørelse efter FBL § 7, stk. 1, hvorefter denne blev fastsat til et beløb på 200.000 svarende til 9 måneder. Henset til sagerne U.2011.1776H, hvor en barslende medarbejder med to et halvt års anciennitet blev tilkendt en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, samt ADHD-dommen, fandt Landsretten ikke, at A's anciennitet på syv år dannede grundlag for at forhøje godtgørelsen yderligere.

3.1.6. Delkonklusion

Argumenterne i sagen gik ud på, at Autofin A/S ikke mente, de var bevidste om, at A skulle være omfattet af handicapbegrebet på opsigelsestidspunktet, hvorfor de ikke mente, de havde opsagt A i strid med FBL.
Sagens omstændigheder, herunder det faktum, at A havde drøftet sygdomsforløbet med kollegaer og chefer, samt at der var foretaget forskellige kompenserende foranstaltninger, dannede baggrund for, at retsinstanserne opfattede A som værende handicappet på opsigelsestidspunktet, hvilket Autofin A/S var bekendt med. Byretten lagde yderligere til grund, at Autofin A/S valgte at bibeholde bemandingen på afdelingen, eftersom de ansatte en ny medarbejder til at varetage nogle af A's opgaver. På den baggrund havde Autofin A/S ikke løftet bevisbyrden for, at der ikke var tale om forskelsbehandling i strid med FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3. Byretten valgte at tilkende A en godtgørelse på 140.000 på baggrund af ancienniteten og de fremførte omstændigheder. Landsretten var enig i Byrettens begrundelser, herunder Autofin A/S' manglende bevisliggørelse for at ligebehandlingsprincippet ikke var krænket, hvorfor de fandt, at der var udøvet forskelsbehandling. Endvidere havde Autofin A/S ikke formået at godtgøre for afskedigelsen af netop A i forbindelse med nedskæringer.
Landsretten tilkendte herefter A en godtgørelse på 200.000 svarende til 9 måneders løn med henvisning til, at blandt andet ADHD-dommen ikke gav anledning til at forhøje godtgørelsen yderligere på baggrund af A's anciennitet på 7 år.

3.2. U.2014.1223S - Salgsmedarbejder afskediget grundet handicap

Sagen U.2014.1223S blev anlagt på baggrund af påstand om overtrædelse af FBL, eftersom sagsøger (herefter A) i lovens forstand, indgik under begrebet *handicap*, hvorfor hun var sikret mod diskrimination.

3.2.1. Resume af sagen

A havde, ved sin opsigelse af 24. november 2005, været ansat ved Samvirke siden 1996, som i 2000 blev overtaget af Dansk Almennyttigt Boligselskab (herefter DAB), hvortil A's ansættelse overgik. Af ansættelsesaftalen fremgik det, at såfremt man havde oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder, blev ansættelsen betragtet som bortfaldet med én måneds varsel, såfremt selskabet ønskede det. A blev opsagt med henvisning til netop dette.
I 2005 måtte A gentagne gange sygemeldes grundet diskusprolaps og slidgigt i ryggen. A deltog i et 14 ugers behandlingsforløb på Skodsborg Rygskole fra august 2005 for at stabilisere sin ryg. Undervejs i forløbet blev DAB løbende orienteret om A's lidelser, som flere gange blev dokumenteret med en lægeerklæring. A fremkom gentagne gange med forslag til mulige foranstaltninger, som kunne afhjælpe i hendes arbejde, for hvilke DAB afviste. I et brev fra den 24. november 2005 modtog A en opsigelse med henvisning til 120 dages-reglen. I umiddelbar forlængelse af opsigelsen blev der opslået en deltidsstilling tilsvarende A's arbejdsopgaver, som blev besat af en anden, trods A blandt andet havde foreslået en deltidsansættelse som en mulig afhjælpningsforanstaltning. Eftersom tilstanden var varig eller i hvert fald af langvarig karakter, blev A anset som værende omfattet af handicapbegrebet i FBL og det bagvedliggende direktiv med henvisning til EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11, Ring og Werge.
Hovedspørgsmålet i sagen var, hvorvidt opsigelsen af A var i strid med FBL og kunne ske med henvisning til 120-dages reglen i FUL.

3.2.2. Parternes påstande i Sø- og Handelsretten

A's fagforening, HK Danmark, som repræsenterede A i denne sag, fremførte, at det er formålet i FBL at beskytte ansatte, som er omfattet af loven, mod diskrimination samt at sikre, at de kan forblive på arbejdsmarkedet. Det var HK Danmarks overbevisning, at A var omfattet af loven, eftersom hun led af en funktionsnedsættelse, som kunne sidestilles med et handicap i lovens forstand. Ifølge HK Danmark er FBL lex specialis i forhold til FUL § 5, stk. 2 vedrørende 120 dages-reglen, hvorfor FBL giver lex specialis-rettigheder. Derfor mente HK Danmark ikke, at fravær, som relaterede sig til handicap, kunne tælle med i opgørelsen af 120-dages reglen.
I modsætning til HK Danmark mente DAB ikke, at der forekom diskrimination, idet A, ifølge dem, blot blev behandlet på samme måde som andre syge, og A ikke, i deres optik, led af et handicap. De hævdede, at der ikke, i forarbejderne til ændringerne af FBL, var angivet nogen modstrid mellem FUL § 5, stk. 2 og Beskæftigelsesdirektivet, hvorfor de mente, det måtte antages, at opsigelsen var sagligt begrundet i 120 dages-reglen. Endvidere hævdede DAB, at A ikke havde løftet bevisbyrden for, at hun skulle være omfattet af handicapbegrebet i FBL. I deres optik forelå der ikke nok beviser for denne

påstand, hvorfor de ikke mente, at A blev opsagt på baggrund af et handicap, men på grund af sit fravær.

Sø- og Handelsretten forelagde anmodning for EU-Domstolen vedrørende stillingtagen til en række spørgsmål omhandlende handicapbegrebet, hvoraf det blandt andet fremgik, at handicapbegrebet omfatter personer, som lider af en langvarig fysisk funktionsnedsættelse, der kan hindre dem fuldt og effektivt i at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Hertil anførte EU-Domstolen, at en person stadig kunne være omfattet af handicapbegrebet, selvom denne udelukkende kunne udføre sit arbejde i begrænset omfang.
DAB mente ikke, at A i tilstrækkeligt omfang havde forsøgt at oplyse om sit handicap eller kontakte de rette med henblik på problemløsning. I modsætning til dette anbringende fremgik det, at Kirsten Wagner, tillidsrepræsentant hos DAB, forklarede, at hun hørte om A's rygproblemer første gang i foråret 2005 i forbindelse med en rygoperation, som A skulle have foretaget, for en diskusprolaps.
Det fremgik af en mail fra den 23. november 2005 fra A til den administrerende direktør, at A havde kontaktet tillidsrepræsentanten den 16. november og adspurgt om muligheden for en ny placering i Specialgruppen, hvilket blev afvist. I samme mail, af den 23. november, gjorde A den administrerende direktør opmærksom på sin slidgigt og det forløb, hun havde været igennem hos læger og fysioterapeuter den seneste tid. Hun oplyste ligeledes om sin orientering af afdelingschefen vedrørende scanninger, der viste hendes slidgigt, samt at hun havde kontaktet tillidsrepræsentanten og forelagt mulige løsningsforslag.

Fra februar og frem til november 2005 forsøgte A gentagne gange at fremlægge mulige løsningsforslag for at aflaste sin ryg, så hun kunne komme tilbage på arbejdet.
HK Danmark fremførte, at DAB ikke havde løftet deres ansvar for at tilvejebringe afhjælpningsmuligheder for at få A tilbage på arbejde til trods for deres viden om mulighederne herfor, hvorfor de havde udsat A for indirekte forskelsbehandling. De fremførte endvidere, at ved vurderingen af, hvorvidt en foranstaltning kunne anses for værende urimeligt byrdefuld for arbejdsgiveren, skulle der henses til, om offentlige foranstaltninger kunne lette byrden, jf. FBL § 2 a. Hertil fremgik det, at DAB ikke havde henvendt sig til kommunen med henblik på at få svar på, hvorvidt der forelå mulighed for støtte.

Eva Kirketerp, konstitueret kontorchef hos DAB, fortalte i Retten, at hun havde en samtale med DAB's personalekonsulent, Pia Finner, og Kirsten Wagner om fleksjob til A, hvilket de ikke fandt, ville passe

DAB godt, eftersom de derfor ville være nødsaget til at finde en medarbejder til at udfylde de resterende timer.
Ifølge *De Forenede Nationers konvention om rettigheder for personer med handicap* (herefter Konventionen), som blev godkendt på *Det Europæiske Fællesskabs* vegne ved *Rådets afgørelse 2010/48/EF af 26. november 2009,* artikel 2, tredje led, som omtales i EU-Domstolens præjudicielle afgørelse, omfatter diskrimination også nægtelse af tilpasninger i rimeligt omfang, som indebærer nødvendige og passende tilpasninger eller justeringer, der ikke indebærer uforholdsmæssigt store byrder for arbejdsgiveren. Ligeledes anføres det i Beskæftigelsesdirektivets artikel 5, at der skal foretages nødvendige tilpasninger for at sikre ligebehandlingen, som ikke er af uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.
HK Danmark mente, henset til dette, at der forelå rigeligt med muligheder for at tilgodese A's behov, hvilket ikke var af større økonomisk byrde for DAB. Ved et fælles møde i februar 2005, havde A for første gang adspurgt om muligheden for hæve-sænke-bord, hvilket afdelingschefen ville undersøge. Denne mulighed afviste DAB's personalekonsulent, som ikke mente, at dette var en mulig løsning, idet de eksisterende borde var bygget sammen med skranken, og en omrokering af medarbejderne ville skabe uro. A havde talt med medarbejdere i andre afdelinger, som havde hæve-sænke-borde, og hun kunne derfor ikke forstå, hvorfor de ikke havde samme mulighed i boligbutikken.

Under sin sygemelding ønskede A stadig at arbejde, men hun blev frarådet dette af sin læge.
Eftersom A havde en fornemmelse af, at hendes situation kunne ende med fleksjob, fremlagde hun, den 31. august 2005, afdelingschefen, Jan Birk, muligheden for dette, hvortil han havde ytret, at det var et spørgsmål, de måtte tage op senere, men at det var direktionen, der skulle træffe afgørelse om det. Den 1. september 2005 tiltrådte Eva Kirketerp som konstitueret kontorchef, og af hendes vidneforklaring fremgik det, at hun hørte om A's rygproblemer første gang ved sygemelding fra A den 2. eller 3. september, og at hun havde talt med Jan Birk om fleksjob til A.
Denne mulighed blev senere afvist af DAB's personalekonsulent, som ville have A tilbage på fuld tid. Efter opsigelsen af A blev hun tilkendt fleksjob af kommunen, hvorfor HK Danmark mente, at dette dokumenterede A's funktionsnedsættelse.

Umiddelbart efter opsigelsen af A slog DAB en deltidsstilling op som kontorassistent på 22 timer. Denne stilling var tilsvarende A's stilling og forenelig med hendes kompetencer, men det var ikke en stilling, hun havde hørt om eller var blevet tilbudt. DAB mente ikke, at deltid, som A forespurgte, var en foranstaltning, der lå inden for afhjælpningsforpligtelsen. Af den præjudicielle afgørelse fremgik det, at det anføres i Konventionen, at det ikke kunne udelukkes, at nedsættelse af arbejdstid kunne

udgøre en tilpasningsforanstaltning, såfremt dette gjorde det muligt for arbejdstageren at opretholde sin beskæftigelse.
Af EU-Domstolens præjudicielle afgørelse fremgik det af præmis 62, at:

> *"Den omstændighed, at DAB, som påpeget af den forelæggende ret, umiddelbart efter opsigelsen af A i en annonce opslog en ledig stilling som kontorassistent på deltid, dvs. 22 timer pr. uge, i DAB's regionalkontor i Lyngby, kan være relevant med henblik på denne bedømmelse. I de sagsakter, der er forelagt Domstolen, findes ingen oplysninger, som gør det muligt at fastslå, at A ikke var i stand til at bestride denne stilling på deltid, eller at forstå grunden til, at hun ikke blev tilbudt denne stilling. Den forelæggende ret har desuden oplyst, at A kort tid efter, at hun blev opsagt, tiltrådte en ny stilling som receptionist i et andet selskab, og at den faktiske arbejdstid var 20 timer pr. uge."*

Det var HK Danmarks' overbevisning, at A var udsat for grov diskrimination, samt at DAB, med sin manglende tilvejebringelse af tilpasningsforanstaltninger, var med til at opretholde A i sit sygefravær. Ifølge dem havde DAB blot valgt at tælle til 120 i stedet for at foretage en vurdering af nødvendige foranstaltninger, hvorfor HK Danmark ikke mente, opsigelsen var saglig. I modsætning hertil mente DAB ikke, at deltid kunne være en foranstaltning, som arbejdsgiver skulle tilbyde. Endvidere mente de, at de havde tilvejebragt sine mulige afhjælpningsforpligtelser over for A, eftersom der i A's ressourceprofil blev anført, at der ikke kunne peges på noget mere skånsomt arbejde, hvor A havde mulighed for at variere sine arbejdsstillinger.
Af EU-dommen fremgik det af præmis 66, at:

> *"Det skal fastslås, at den omstændighed, at en arbejdsgiver har undladt at træffe nævnte foranstaltninger, kan indebære, henset til den forpligtelse, der følger af artikel 5 i direktiv 2000/78, at en handicappet arbejdstagers fravær skal tilskrives en forsømmelse fra arbejdsgiverens side og ikke arbejdstagerens handicap."*

DAB mente, at der, ved udmåling af godtgørelse, skulle lægges vægt på, at der på opsigelsestidspunktet ikke var nogen klarhed omkring handicapbegrebet, hvorfor det måtte tages i betragtning, hvad man vidste på daværende tidspunkt.

3.2.3. Sø- og Handelsrettens domsafsigelse

Sø- og Handelsretten fastslog, at A var omfattet af handicapbegrebet efter FBL samt det bagvedliggende direktiv. Retten anførte, at DAB var gjort opmærksom på A's lidelser, hvortil de havde pligt til at efterkomme tilpasningsforanstaltninger, som ikke ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for dem. A havde flere gange over en længere periode fremlagt mulige foranstaltningsforslag, herunder blandt andet indretning af arbejdspladsen, hvilket DAB afslog. Yderligere afslog de A's ønske om fleksjob, trods deres bevidsthed om hendes manglende evne til at tilgå jobbet på fuld tid. Det var ikke muligt for DAB at godtgøre deres manglende afhjælpningsforanstaltninger, hvortil de ikke kunne godtgøre, at disse ville have indebåret en uforholdsmæssig stor byrde. Retten lagde særligt vægt på det faktum, at DAB havde valgt at ansætte en ny deltidsmedarbejder, selvom de havde afslået A's forslag til en sådan stilling.

En del af A's sygefravær kunne derfor tilskrives DAB's manglende tilpasningsforanstaltninger med henblik på at få A tilbage på arbejde. Under disse omstændigheder fandt Retten, at A blev udsat for direkte forskelsbehandling efter FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 ved opsigelse i medfør af 120 dages-reglen i FUL, hvorfor A burde tilkendes en godtgørelse efter FBL § 7, stk. 1.

Retten bestemte, at godtgørelsen skulle udmåles til et beløb svarende til 12 måneders løn på baggrund af A's anciennitet samt sagens øvrige oplysninger.

3.2.4. Delkonklusion

I denne sag konkluderede Sø- og Handelsretten, at A var omfattet af handicapbegrebet, og at DAB ikke havde opfyldt sin pligt til at iværksætte de fornødne tilpasningsforanstaltninger. Endvidere mente Retten, at A var blevet udsat for direkte forskelsbehandling ved opsigelse på baggrund af 120 dages-reglen. I henhold til sagens omstændigheder og A's anciennitet på 10 år, fastsatte Sø- og Handelsretten en godtgørelse svarende til 12 måneders løn.

3.3. U.2015.1.H – Piloter afskediget grundet alder

Dommen omhandler forskelsbehandling grundet alder i forbindelse med afskedigelse af piloter ved håndtering af overtallighed hos SAS.

3.3.1. Resume af sagens omstændigheder

Piloterne havde været ansat hos SAS i en årrække og havde under deres ansættelse været en del af en kollektivaftale mellem Scandinavian Airlines System (herefter SAS) og Dansk Pilotforening (herefter DPF). I denne overenskomst var der indført en alderspension (herefter AP), som blev udbetalt

månedligt forud til piloterne fra den første i måneden, efter piloterne fyldte 60 år. Hermed ophørte pensionsindbetalingerne fra SAS, da pensionsudbetalingerne begyndte ved denne alder. Forud for protokollatet af den 19. maj 2006, der var underskrevet af DPF og SAS, skete der en lovændring vedrørende forskelsbehandling, som betød, at der blev indført et forbud mod aldersdiskrimination i lovgivningen. Det betød, at DPF og SAS fik sine jurister til at undersøge lovændringen, samt hvordan piloterne blev stillet. Juristerne kom frem til, at de enkelte piloter fortsat havde mulighed for at fortsætte deres flyvninger, efter de var fyldt 60 år, hvorfor de dermed også var berettigede hertil. Dette betød, at aldersgrænsen for pensionsberettigelsen fortsat var 60 år. Efterfølgende forhandlede SAS og andre fagforeninger, herunder blandt andet DPF, om en overenskomst, der kunne måle sig med lovændringen. Endvidere forsøgte de at finde en måde at håndtere den periodiske overtallighed af piloter. I overtallighedsaftalen fra den 28. august 2008 konkluderedes der at have været en overtallighed på 110 piloter i perioden fra september til december 2009, som skulle håndteres gennem Leave of Absence ordningen (herefter LOA). Såfremt LOA-ordningen ikke i tilstrækkeligt omfang formåede at varetage denne opgave, fulgte det af aftalen, at afskedigelser kunne forekomme. Afskedigelserne skulle i første omgang omfatte de piloter, der var pensionsberettigede, hvorfor de blev opsagt på grund af arbejdsmangel. Som tillæg til denne aftale blev der lavet en turordningsliste, som indeholdt oplysninger på 54 piloter, såsom fødselsdato, alder, nationalitet, base, kvalifikationer, nummer på senioritetslisten og så videre. Blandt de oplistede piloter befandt sig seks danske piloter, som på dette tidspunkt var mellem 60 og 63 år gamle og havde arbejdet hos SAS mellem 18 og 36 år. De seks piloter blev i september 2008 opsagt grundet arbejdsmangel i deres arbejdsområde, hvorefter de valgte at klage til Ligebehandlingsnævnet.

Ligebehandlingsnævnet mente ikke, at der var indgået aftale i overenskomsten om, at afskedigelse af udvalgte medarbejdere kunne retfærdiggøres på baggrund af en opnået pensionsberettiget alder på 60 år. Derfor mente Ligebehandlingsnævnet, at piloterne var blevet udsat for indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Endvidere mente Ligebehandlingsnævnet, at arbejdsgiveren, SAS, havde handlet i strid med FBL, og at SAS ikke kunne godtgøre en objektiv og rimelig begrundelse for afskedigelsen. Piloterne blev derfor tilkendt en godtgørelse på, hvad der svarede til 9 måneders løn. SAS var ikke tilfreds med afgørelsen i Ligebehandlingsnævnet, hvorfor SAS valgte at indbringe sagen for Byretten.

3.3.2. Forklaringer til Byretten

Piloten, P4, følte sig uretfærdigt behandlet af SAS grundet afskedigelsen samt den utilfredsstillende pension. P4 var uforstående overfor situationen, da han selv ønskede at fortsætte sit arbejde, hvorfor

han havde et ønske om at blive genansat. SAS ønskede ikke at genansætte ham, trods P4's mistanke om, at SAS allerede var begyndt at ansætte nye folk. P4 var aktivt jobsøgende, men han var ude af stand til at finde et job. Det var endvidere ikke muligt for P4 at blive omskolet som nogle af de resterende piloter, da han allerede var på den flytype, man omskolede til.

Piloten, P6, blev fyret ni måneder før sin pension, og han fik ikke de samme muligheder for at arrangere sin sidste flyvning, som andre piloter fik. Derudover var han ikke blevet inddraget i hele beslutningsgrundlaget for fyringerne, men senioritetslisten havde altid dannet grundlag for beslutninger vedrørende afskedigelser - især efter princippet *sidst ind, først ud*. P6 gav SAS ret i, at de havde opfordret flere piloter til at søge LOA, da der var overskud af piloter i perioder. P4 og P6 var henholdsvis 61,5 år og 64 år, da de blev afskediget.

Tine Moe Svendsen, der var forhandlingschef i SAS, mente, at hver besparelsesrunde var en konsekvens af de forhandlinger, der forekom i forbindelse med overenskomsten, hvilket også var tilfældet med denne besparelsesrunde. Både Tine Moe Svendsen og Mogens Holgaard, der var formand i DPF, mente, at senioritetslisten var et gode for medarbejdere med høj anciennitet. SAS og DPF var enige om, at den gruppe af piloter, der var bedst sikrede i tilfælde af opsigelse, var den gruppe, som var økonomisk sikret via sine pensionsudbetalinger. Der var derfor enighed om, at det var denne gruppe, der bedst kunne undværes. Normalt lagde SAS ikke vægt på bestemte aldersgrupper, men hvilke medarbejdere man bedst kunne undvære. Tine Moe Svendsen udtalte yderligere, at listen over de fyrede piloter indeholdt piloter, der alle var over 60 år. Disse blev afskediget, eftersom pensionen var sikret, og på baggrund af at SAS ikke var bekendt med, at ligebehandlingsreglerne i Danmark var implementeret anderledes.

Johan Holmgreen, der var chef for crewplanlægningen i SAS, mente dog, at det var tilfældigheder, der førte til, at det var antallet af pensionsberettigede, der blev afskediget. Af forhandlingerne fremgik det, at SAS havde regnet på, hvor mange piloter der var i overtal, og at de dermed kom frem til det antal piloter, der skulle afskediges.

3.3.3. Parternes påstande i Byretten

Ligebehandlingsnævnet, som var mandatar for piloterne P1, P2, P3, P4, P5, og P6, mente, at piloterne blev udsat for direkte forskelsbehandling i forbindelse med opsigelsen på baggrund af deres alder. Endvidere mente de, at piloterne ubestridt blev afskediget af SAS baseret på deres pensionsberettigede alder, og at det ubestridt fulgte af den dagældende overenskomst mellem SAS

og DPF, at piloterne i SAS var berettigede til pension, når de fyldte 60 år. SAS, mente ikke, at der kunne være tale om direkte forskelsbehandling, eftersom det pensionsberettigede kriterium, som SAS benyttede, ikke var knyttet til en bestemt alder. Derudover mente SAS, at det afgørende var, hvilket kriterium der var lagt til grund for opsigelserne og ikke hvilket kriterium, der stod i en protokol. Samtidig tydeliggjorde de, at kriteriet ikke var 60+ år. SAS mente desuden, at alder hele tiden havde været et indirekte kriterium, og at det fremgik klart og tydeligt, at kriteriet var pensionsberettigelse og hermed et spørgsmål om, hvem der var bedst socialt stillet.

Ifølge den danske gennemførelseslov, blev der sondret mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. I denne sag kunne den direkte forskelsbehandling ikke retfærdiggøres i modsætning til den indirekte forskelsbehandling. Det var derfor EU-Domstolens fortolkning af begrebet *direkte forskelsbehandling* i Beskæftigelsesdirektivet, som blev afgørende for, hvordan den danske domstol valgte at tolke begrebet, samt hvordan deres udlægning blev i forhold til denne sag. I forlængelse af dette mente Ligebehandlingsnævnet, at piloterne var blevet udsat for indirekte forskelsbehandling i forbindelse med opsigelserne hos SAS. De mente, at den indirekte forskelsbehandling var begrundet i piloternes alder. Ligebehandlingsnævnet mente derudover ikke, at SAS kunne dokumentere, at forskelsbehandlingen kunne begrundes i et sagligt formål, samt at midlerne var hensigtsmæssige og nødvendige for at opfylde dette formål. SAS påstod, at der forelå sociale hensyn bag opsigelserne, men de var ikke i stand til at godtgøre eller sandsynliggøre disse hensyn. Ligebehandlingsnævnet mente ikke, at det var et socialt hensyn at afskedige en hel gruppe af ældre piloter uden at vurdere piloternes efterfølgende jobmuligheder samt deres individuelle forhold. Ligebehandlingsnævnet mente ikke, at sagligheden kunne findes i det faktum, at SAS prioriterede at opsige ældre piloter frem for yngre, eftersom SAS vurderede, at de yngre havde sværere ved at finde arbejde. Endvidere mente Ligebehandlingsnævnet, at kriteriet omkring pensionsberettigelse, som SAS benyttede sig af, tog udgangspunkt i de pågældende piloters alder. SAS havde ikke lavet en vurdering af de enkelte piloters pensionsforhold og pensionsfaktorer. Opsigelse af piloterne kunne ikke legitimeres ved henvisning til pensionsrettighedernes medfølgende økonomiske stabilitet ved fratræden fra arbejdsmarkedet.

SAS mente i modsætning til Ligebehandlingsnævnet, at forskelsbehandlingen var saglig, idet den var objektivt begrundet i sociale hensyn. Hensynet blev taget i forbindelse med opsigelserne, således at det kun var de piloter, der blev mindst økonomisk belastet, der blev opsagt. Formålet hermed var, at der skulle ske en nødvendig reduktion af piloterne, og at man ønskede at beskytte de yngre piloter. SAS mente endvidere, at det var nødvendigt og hensigtsmæssigt i forhold til loven, hvorfor der ikke

var sket forskelsbehandling. De mente derimod, at det afgørende var, at de opsagte hele tiden kunne indstille sig på en pensionsordning som 60-årig.

Den indirekte forskelsbehandling er kendetegnet ved, at afskedigelseskriteriet er neutralt, jf. FBL § 1, stk. 3. I denne sag var afskedigelseskriteriet pensionsberettiget, hvorfor det var uadskilleligt forbundet med piloternes alder og dermed ikke et neutralt kriterium. Af de udarbejdede protokollater fremgik det, at *pensionsberettiget* og *pensionsalder* var ensbetydende med 60 år og derover. Endvidere følger det af EU-Domstolens praksis, at et kriterium, der er uadskilleligt forbundet med arbejdstagerens alder, kvalificeres som direkte diskrimination grundet alder. Ligebehandlingsnævnet mente klart, at der forelå forskelsbehandling i henhold til FBL § 1, stk. 3 og Beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra b, som udgør EU's definition af indirekte forskelsbehandling. SAS var ikke enige i denne påstand grundet deres overbevisning om, at forskelsbehandlingen var sagligt begrundet i sociale hensyn. Derudover mente Ligebehandlingsnævnet, at SAS havde handlet i strid med FBL § 2, som fastslår, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere ved blandt andet afskedigelse og løn.

I forbindelse med overtallighedsaftalen havde Ligebehandlingsnævnet gjort gældende, at de ikke mente, at piloterne var bundet af aftalen, eftersom DPF ikke havde råderet over piloternes grundlæggende rettigheder. Derudover forelå der en driftsmæssig begrundelse for de foretagne afskedigelser og dermed, som udgangspunkt, et sagligt afskedigelseskriterium. Det anvendte kriterium om opsigelse af pensionsberettigede var dog ikke et udtryk for direkte forskelsbehandling, eftersom forskelsbehandlingen ikke var begrundet i alder, jf. FBL § 1, stk. 2. Derimod var forskelsbehandlingen begrundet i piloternes økonomiske stilling, hvorfor der var tale om indirekte forskelsbehandling. Modsætningsvis mente SAS, at piloterne var bundet af aftalen om overtallighed, idet det var piloternes egen interesseorganisation, DPF, der indgik aftalen på piloternes vegne. Piloterne var derfor efterfølgende bundet af aftalen, da DPF havde mandat til at indgå bindende aftaler med SAS. SAS mente samtidig, at fuldmagten strakte sig så langt, at det var muligt at disponere over piloternes lovbaserede rettigheder, uanset om man var medlem eller ej. Ved aftaler, som var en del af en kollektiv overenskomst, gav disse mulighed for at disponere over medlemmernes kollektive rettigheder i kollektiv forstand.

I Byretten mente Ligebehandlingsnævnet, at deres afgørelse skulle stadfæstes, da de ikke fandt grundlag for at tilsidesætte deres afgørelse. De mente yderligere, at der, ved udmålingen, skulle tages hensyn til forholdets grovhed, og at det var den konsekvente afskedigelse af alle ældre piloter, som gjorde sagen grov. Endvidere blev piloternes høje løn, som var tilsvarende deres arbejde, deres

kvalifikationer og den høje anciennitet taget i betragtning. Ligebehandlingsnævnet kom yderligere frem til, at der skulle tages udgangspunkt i det faktum, at piloterne arbejdede fuld tid, og at man dermed skulle se bort fra, at piloterne P6 og P2 var på LOA-ordningen. SAS mente modsætningsvist, at eftersom SAS, i samarbejde med DPF, havde taget hensyn, som ikke var udtryk for chikane eller anden form for forsøg på at skade piloterne, og at sagen dermed ikke bar præg af nogen form for grovhed, burde en eventuel godtgørelse fastsættes væsentlig lavere end påstået af Ligebehandlingsnævnet eller være af symbolsk størrelse. SAS havde en god grund til at foretage afskedigelserne af piloterne, hvilket skete i fuld overensstemmelse med DPF. Derudover mente SAS ikke, at afskedigelserne havde nogen vidtrækkende konsekvens for piloterne. Ifølge SAS burde tilkendelse af godtgørelse til P6 og P2 udmåles med baggrund i, at de var ansat på nedsat tid. Endvidere skulle lønnen på opsigelsestidspunktet være den, der dannede baggrund for udmålingen af godtgørelserne.

3.3.4. Byrettens domsafsigelse

Ifølge Byrettens domsafsigelse fremgik det af kollektivaftalen mellem piloterne og DPF, at alderspensionen blev udbetalt til piloterne, efter de fyldte 60 år, hvorfor SAS' piloter var berettiget til pension herefter. I det omtalte protokollat fra den 19. maj 2006 blev der sat lighedstegn mellem kriteriet *pensionsberettigede* og *60+ år*. Ifølge de tre forhandlingsprotokoller blev det konkluderet, at det var de pensionsberettigede piloter, der skulle afskediges først. I anden forhandlingsprotokollat var denne konklusion præciseret med *"d.v.s til dess piloten fyller 60 år."*[90] Derudover viste den vedlagte turordningsliste til tredje forhandlingsprotokollat, at alle piloter, der blev afskediget, havde en alder på 60 år eller mere. Byretten konkluderede, at kriteriet *pensionsberettiget,* som SAS anvendte ved afskedigelserne, utvivlsomt var direkte, uløseligt og uadskilleligt forbundet med piloternes alder. Kriteriet var dermed ikke et neutralt eller tilsyneladende neutralt kriterium i LBL's forstand. Efterfølgende blev piloterne behandlet ringere, end en anden ville være blevet i en tilsvarende situation grundet deres alder. Byretten konkluderede på den baggrund, at der forelå en direkte og aldersbetinget forskelsbehandling af piloterne. Retten mente ikke, at der var hjemmel til, at parterne eller deres interesseorganisationer kunne aftale en fravigelse af reglerne om forskelsbehandling i LBL på forhånd, hverken i dansk ret eller i EU-retten, eftersom det var et unionsretligt princip. Dette betød, at piloterne ikke var bundet af den indgåede aftale mellem DPF og SAS. Med baggrund i piloternes alder, anciennitet og afskedigelsens karakter, herunder piloternes ret til en værdig afslutning på et langt arbejdsliv, hvilket piloterne ikke fik hos SAS, konkludere Byretten, at Ligebehandlingsnævnets afgørelse skulle stadfæstes, hvorfor piloterne blev tilkendt godtgørelse på et beløb svarende til 9

[90] U.2015.1H, s. 15

måneders løn hver. I forhold til piloterne P6 og P2 konkluderede Byretten, at de på opfordring havde indvilget i at søge LOA, hvilket var medvirkende til, at antallet af afskedigelser blev reduceret. Dermed konkluderede Byretten, at deres godtgørelse skulle udmåles fra en beskæftigelse på 100 %, som hvis de havde arbejdet på fuld tid.

3.3.5. Parternes påstande i Østre Landsret

SAS ankede efterfølgende dommen til Østre Landsret, der skulle tage stilling til, hvorvidt der skulle tilkendes godtgørelse og i givet fald størrelsen heraf. Ligebehandlingsnævnet holdt i Landsretten fast ved, at piloterne skulle tilkendes 9 måneders godtgørelse hver, mens SAS holdt fast i, at de ville frifindes eller frifindes mod at betale et mindre beløb end påstået af Ligebehandlingsnævnet.

Ligebehandlingsnævnet mente, at direkte forskelsbehandling ikke kunne retfærdiggøres i modsætning til indirekte forskelsbehandling, hvorfor der skulle betales en godtgørelse efter FBL § 7. De krænkedes forhold dannede grundlag for udmålingen af godtgørelsen, hvorfor undskyldelige forhold fra SAS' side ikke kunne få indflydelse på godtgørelsens størrelse. Piloterne mente, at afskedigelserne havde haft indgribende betydning for dem, idet de ikke havde været i stand til at finde andet arbejde efterfølgende. Ligebehandlingsnævnet mente derfor ikke, at der blev taget sociale hensyn ved afskedigelserne, da de reelle pensionsforhold, som viste, at flere af de indstævnte piloter havde en mindre pensionsopsparing end nogle af de yngre piloter, som ikke blev afskediget, ikke blev taget i betragtning. Derudover blev det ikke kun størrelsen på pensionen, der spillede ind, men også den manglende lønindtægt i perioden frem til piloterne fyldte 65 år. SAS kunne ikke, som arbejdsgiver, bestemme hvilke sociale hensyn, der skulle tages højde for. I den konkrete sag ville de yngre piloter være i stand til at finde et andet job i modsætning til de afskedigede piloter. Det var udelukkende SAS, der havde ansvaret for afskedigelserne, idet SAS foretog afskedigelserne, og det kan ikke ændre på ansvarsforholdet, at SAS indgik aftale med DPF om afskedigelserne.

Ligebehandlingsnævnet mente yderligere, at ved indgåelse af aftale om kollektive overenskomster, skal disse udøves inden for de rammer, der stilles af EU-lovgivningen. Dermed er det ikke muligt at aftale sig ud af rettighederne, der følger af EU-lovgivningen, og som tilkommer arbejdstagerne. Ligebehandlingsnævnet bestred, at en indirekte forskelsbehandling med grundlag i de sociale hensyn ville have været lovlig. Det faktum, at forskelsbehandlingen vedrørte 54 afskedigelser af piloter, måtte alene være nok til at betragte det som groft og have udgjort en krænkelse af piloterne. Derudover blev det betragtet som yderligere krænkende, at SAS valgte at fritstille nogle af piloterne. Piloterne P6 og P2 var kun på nedsat tid på baggrund af en opfordring fra SAS. På den baggrund burde det ikke

have indflydelse på godtgørelsen, at de arbejdede på nedsat tid, hvorfor de stadig var berettigede til 9 måneders løn, som de resterende fire piloter.

I modsætning til Ligebehandlingsnævnet mente SAS, at de stod i en situation, hvor det var driftsmæssigt uundgåeligt at afskedige folk grundet konjunkturerne. I den forbindelse blev der udvalgt nogle kriterier ud fra legitime, sociale hensyn, som afskedigelserne skulle foretages ud fra. SAS havde derfor ikke mulighed for, på afskedigelsestidspunktet, at vide, at der var tale om direkte forskelsbehandling, og at denne var ulovlig. SAS havde ikke skønnet helt forkert, eftersom Ligestillingsnævnet, de norske instanser og Retten i Sverige alle var nået frem til, at der var tale om en indirekte forskelsbehandling. Den usikkerhed, der var omkring retstilstanden, medførte, at man utilsigtet udsatte piloterne for direkte forskelsbehandling grundet deres alder i forbindelse med afskedigelserne. I Sverige og Norge var retssystemet nået frem til, at forskelsbehandlingen var saglig, hvilket SAS mente gjorde sig gældende i denne. De påtalte, at EU-direktivet, under visse omstændigheder, tillod en direkte forskelsbehandling grundet alder, samt at der ikke forelå beskyttelseshensyn i EU-lovgivningen, som gav anledning til at pålægge sanktioner for afskedigelserne. Derudover burde der lægges vægt på de kriterier, som indgik i aftalen mellem SAS og DPF. Krænkelsen burde blive set i lyset af, at lovgiver havde givet arbejdsmarkedets parter mulighed for at nedsætte beskyttelseskriteriet til direktivets beskyttelsesniveau gennem FBL § 1, stk. 7. Muligheden opstod, da der ikke var indgået aftale om en overenskomst, som implementerede direktivet og dermed gjorde afskedigelserne ulovlige. SAS havde ikke prøvet at fratage piloterne de rettigheder, som var sikret gennem direktivet, og der var heller ikke grundlag for at antage, at fritstillinger af piloter var en krænkelse for piloterne. SAS mente dermed fortsat ikke, at piloterne burde tilkendes en godtgørelse, og såfremt Retten kom frem til et andet resultat, burde godtgørelsen være af symbolsk betydning og udgøre et væsentligt mindre beløb end påstået af Ligebehandlingsnævnet. De fastholdt til stadighed, at en godtgørelse til P6 og P2 burde udmåles efter, at de arbejdede på nedsat tid.

3.3.6. Østre Landsrets domsafsigelse

Østre Landsret kom frem til, at der, ved afskedigelsen af piloterne, blev udøvet direkte forskelsbehandling på baggrund af alder, jf. FBL § 2, stk. 1. Efterfølgende skulle Landsretten tage stilling til, hvorvidt piloterne skulle tilkendes en godtgørelse for den krænkelse, de havde været udsat for i henhold til FBL § 7, stk. 1. I forbindelse med denne vurdering udtalte Landsretten, at der skulle lægges vægt på grovheden af overtrædelsen, baggrunden for overtrædelsen og selve krænkelsen, der var blevet påført piloterne. Det var SAS' ønske, at kriterierne for afskedigelserne blev betragtet som

det mest skånsomme, og at man ønskede at tage hensyn til de yngre piloter. Ved denne vurdering gjorde Landsretten gældende, at der var to synspunkter, der skulle indgå i vurderingen. For det første havde piloterne ikke nogle realistiske muligheder for at finde et andet job, da de blev afskediget grundet deres alder. For det andet var det, siden 2005, forventeligt for piloterne, at deres afgangspligtige alder var 60 år. Endvidere stod det klart, at det var de pensionsberettigede piloter, der ville blive afskediget først i tilfælde af overtallighed, jf. de fastlagte kriterier fra 2006. Derfor antog Landsretten, at piloterne havde indrettet deres pensionsopsparing og privatøkonomi på, at de kunne gå på pension, når de fyldte 60 år. Derudover burde der lægges vægt på retsusikkerheden samt piloternes anciennitet på mellem 18 og 24 år. På den baggrund tilkendte Landsretten en godtgørelse på 300.000 kr. til hver af piloterne. Hvad angår piloterne P6 og P2 fandt Landsretten ikke grundlag for at nedsætte deres godtgørelser, da de havde søgt LOA-ordning på opfordring fra SAS og DPF.

3.3.7. Højesterets domsafsigelse

Efter Landsrettens afgørelse blev sagen anket til Højesteret, hvor Ligebehandlingsnævnet ønskede Byrettens dom stadfæstet for så vidt angik piloten P5. De resterende fem piloter blev påstået en godtgørelse på 12 måneder med henvisning til ADHD-dommen. SAS påstod modsætningsvis stadfæstelse af Landsrettens dom eller fortsat frifindelse mod betaling af et mindre beløb end påstået af Ligebehandlingsnævnet. Derudover valgte SAS at anerkende, at P6 og P2 skulle tilkendes en godtgørelse som de øvrige piloter. Det var dermed Højesterets opgave at tage stilling til godtgørelsens størrelse. Retten var enig i, at afskedigelserne skete i strid med FBL § 2, stk. 1, der angiver forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, hvorfor piloterne blev tilkendt en godtgørelse, jf. FBL § 7. Som tidligere nævnt var piloterne i en alder mellem 60 og 65 år og havde samtidig en anciennitet på mellem 18 og 35 år i SAS. De var planlagt til at skulle pensioneres, når de fyldte 60 år, men efterfølgende blev pensionsalderen forhøjet til 65 år. Ligesom Landsretten redegjorde Højesteret for, at der, efter forarbejderne til FBL § 7, skulle lægges vægt på selve grovheden af overtrædelsen, hvorefter der først og fremmest skulle tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen samt den påførte krænkelse i henhold til blandt andet Højesterets dom af 2. november 2010, U.2011.417H.
Højesteret refererede endvidere til afgørelsen i ADHD-dommen, som de benyttede til at sammenligne godtgørelsernes størrelse. I nærværende sag ville retningslinjerne for afskedigelser i strid med LBL § 9 have medført en højere godtgørelse end de 6 måneders løn, som blev nævnt i sagen, med baggrund i piloternes høje anciennitet. Højesteret var dog ikke enige, idet de fandt grundlag for at fravige dette udgangspunkt i nedadgående retning. I forhold til selve grovheden af overtrædelsen gjorde Højesteret gældende, at afskedigelser som følge af arbejdsmangel udgjorde en formildende omstændighed, hvorfor de anså afskedigelserne som værende i forbindelse med nedskæringer. Endvidere vurderede

Højesteret, at det var en formildende omstændighed, at udvælgelseskriteriet for afskedigelserne blev fastlagt under en forhandling mellem SAS og DPF, som efterfølgende blev en del af en kollektiv aftale mellem parterne. Dermed mente arbejdsgiver og fagforeninger, at kriteriet ville være den mest skånsomme måde at foretage en reduktion af personalet på.

Det blev bekræftet, at kriteriet var knyttet til det faktum, at piloterne havde krav på pension fra SAS, samt at DPF og SAS ønskede at tage sociale hensyn til de yngre piloter, som havde stiftet familie, frem for de ældre piloter, der var sikrede gennem deres pension. På baggrund af det foregående fandt Højesteret flere formildende omstændigheder, som burde indgå i bedømmelsen af grovheden af lovovertrædelsen, samt baggrunden for selve overtrædelsen. I forhold til bedømmelsen af selve krænkelsen, fandt Højesteret, at der burde tages hensyn til, at udvælgelseskriteriet var tænkt som objektivt begrundet i sociale hensyn. Højesteret fandt grundlag for at nedsætte størrelsen på godtgørelsen fra 9 og 12 måneders løn til 4 måneders løn.

3.3.8. Delkonklusion

I Højesteretsafgørelsen valgte man at henvise til retspraksis og refererede til ADHD-dommen, hvor Højesteret udtalte, at udmåling af godtgørelse skulle følge de retningslinjer, der havde udviklet sig gennem praksis i henhold til LBL § 9. I den nærværende sag valgte Højesteret at fravige udgangspunktet, trods afskedigelserne var begrundet i alder, samt det faktum at der forelå forskelsbehandling. Hertil refererede de til Højesterets dom den 2. november 2010, hvori der tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen samt den påførte krænkelse. Højesteret valgte dermed at fravige fra retspraksis efter ADHD-dommen og nedsatte i stedet godtgørelsen til 4 måneders løn.

3.4. U.2015.2027H - Piloter afskediget grundet alder

Denne sag omhandlede fire piloter, P1, P2, P3 og P4, som blev opsagt ved SAS. Piloterne påstod, at deres opsigelse var i strid med FBL, eftersom de mente, de blev opsagt udelukkende på baggrund af deres alder.

3.4.1. Resume af sagens omstændigheder

Piloterne P1, P2, P3 og P4 blev i 2010 opsagt fra deres virke i SAS. Opsigelsen blev begrundet i nedskæringer.

Piloterne blev efter kort tid tilbudt genansættelse ved SAS, hvilket alle fire tog imod. Udover den påståede forskelsbehandling omhandlede sagen, hvorvidt piloternes anciennitet skulle opgøres med eller uden fradrag for den periode, piloterne ikke var ansat i SAS. Alle fire piloter blev opsagt i

november 2010 med et varsel på 11 måneder fra december 2009, og piloterne P2, P3 og P4 blev genansat i begyndelsen af 2011, hvor P1 blev genansat i begyndelsen af 2012. Denne sag blev i første omgang afgjort ved Ligebehandlingsnævnet, hvor de kom frem til, at opretholdelsen af den gældende aldersgrænse i kollektive aftaler, jf. FBL § 5, stk. 3, ikke fandt anvendelse. På den baggrund fandt Ligebehandlingsnævnet, at arbejdsgiveren havde handlet i strid med FBL.

3.4.2. Parternes forklaringer og påstande til Byretten

Efter Ligebehandlingsnævnets afgørelse blev sagen indbragt for Byretten, hvor sagens forløb og påstande blev oplyst.

Der blev i januar 2009 meddelt, at der var tale om en overtallig situation i SAS, hvorfor de ville afskedige en række medarbejdere i overensstemmelse med deres senioritetsliste. Denne senioritetsliste var opbygget efter rekrutteringsomgange, altså efter hvilket år piloterne var blevet ansat, og herefter var piloterne blevet sat i rækkefølge efter alder. I 2005 blev senioritetslisten ændret, således at den gik efter ansættelsesdato og ikke efter alder. Ændringen kom i kølvandet af den nye ligebehandlingslov. Pilotforeningen gjorde sig ikke overvejelser om at ændre senioritetslisten eller at lave ændringerne bagudrettet, da de ikke vurderede, at det var forkert at opretholde det gamle system bagudrettet. Dette betød, at de piloter, som var blevet ansat før ændringen i 2005, stadig blev vurderet efter alder frem for ansættelsesdato. Tine Moe Svendsen, forhandlingschef i SAS, havde til Byretten forklaret, at hun mente, at senioritetslisten var i Pilotforeningens interesse, og at det fra et arbejdsgiversynspunkt var mere attraktivt at kunne vælge den bedre mand.

Ved afskedigelserne af de omtalte piloter, var der, på daværende tidspunkt, kun behov for at afskedige dele af de ansatte fra rekrutteringsåret 1998/1999, og i den forbindelse lagde SAS senioritetslisten til grund. De omtalte piloter blev afskediget udelukkende på baggrund af deres yngre alder end de resterende piloter i samme rekrutteringsår.

Pilot P4 gjorde direktionen opmærksom på, at afskedigelser efter denne liste ville indebære aldersdiskrimination efter FBL. Direktionen gjorde det klart for P4, at hvis han kunne bevise sin påstand om dette, ville de tage hensyn til det. Til en start valgte SAS at afskedige samtlige piloter fra det tidligere rekrutteringsår end de omtalte piloters, men dette viste sig ikke at være nok. P4 valgte efter dette endnu en gang at gøre direktionen opmærksom på diskriminationen.

I 2008 foretog SAS også en reducering i medarbejdere, og her blev piloter, som kunne gå på pension, bedt om at gå på pension.

Ved afskedigelserne i 2009 tænkte SAS over, om der kunne være tale om indirekte aldersdiskrimination, men de mente, at afskedigelserne var saglige og lovlige. SAS fulgte den overenskomst, som forelå dem, og vurderede, at de fulgte loven på den baggrund.

Efter afskedigelserne blev pilot P1, P3 og P4 ansat i Qatar Airways og pilot P2 i Danish Air Transport (herefter DAT). Pilot P4 blev i december 2010 kontaktet af SAS med henblik på at blive genansat. Da tilbuddet om genansættelse forekom relativt kortvarigt efter afskedigelserne, tænkte P4, at der ikke havde været behov for at afskedige piloterne i første omgang. Pilot P4 havde været fritstillet fra SAS siden den 31. august 2010, men var først officielt afskediget per 30. november 2010 og havde sin første flyvning for Qatar Airways den 4. september 2010. Pilot P1, som også var ansat i Qatar Airways, blev ligeledes tilbudt genansættelse i SAS, men han havde ikke den ønskede økonomi til, at dette kunne lade sig gøre på det pågældende tilbud. I oktober 2011 takkede P1 ja til et tilbud om genansættelse i SAS fra den 1. maj 2012, og P1 var derfor fortsat ansat i Qatar Airways i 2011. Tine Moe Svendsen forklarede til Byretten, at baggrunden for, at der kunne foretages genansættelser, var, at der var sket en ændring i markedet, således at der kunne sættes flere fly ind.

SAS havde til Byretten forklaret, at der ikke var tale om en direkte forskelsbehandling, men derimod om lovlig, indirekte forskelsbehandling. Den lovlige, indirekte forskelsbehandling fandt sted, da SAS anvendte kriteriet om afskedigelser i henhold til senioritetslisten, som var overenskomstfastsat. Listen blev indført i overenskomsten, før aldersdiskrimination blev forbudt. SAS gjorde det derudover klart, at afskedigelserne blev håndteret efter overenskomsten, som var indgået med piloternes faglige organisation. Bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler, som strider mod ligebehandling, kan erklæres for ugyldige, jf. FBL § 5 a. SAS gør det yderligere gældende, at det ikke, hvad P2 og P4 angik, havde gjort nogen forskel, om senioritetslisten var opgjort efter alder eller ansættelsestidspunkt, da de ville være blevet afskediget i begge tilfælde.
Ved Byretten blev det gjort gældende, at ingen af de nævnte afskedigede piloter ville have forladt SAS, hvis det ikke havde været for denne uretmæssige afskedigelse. Efter afskedigelsen mistede piloterne en del af deres anciennitet, som svarede til tiden fra afskedigelsen til genansættelsen, hvilket var en konsekvens af forskelsbehandlingen grundet alder. Det blev gjort gældende i sagen, at den manglende anciennitet skulle ændres, således at piloternes oprindelige ansættelsesdato udgjorde grundlaget for deres anciennitet.

3.4.3. Byrettens domsafsigelse

Byretten kom frem til, at der var tale om direkte forskelsbehandling, jf. FBL § 1, stk. 2, på baggrund af senioritetslisten. Byretten havde derudover lagt vægt på, at det alene var piloternes alder, som var afgørende for deres afskedigelse, og at de derfor blev stillet ringere end deres ældre kolleger fra samme rekrutteringsår. Eftersom der ikke var tale om en fastsat eller aftalt aldersgrænse, men en aldersbetinget rangordning, fandt FBL § 5, stk. 3 ikke anvendelse i denne sag.
På baggrund af SAS' oplysninger angående P2 og P4, hvor de ville være blevet afskediget uanset, hvordan senioritetslisten blev opgjort, valgte Byretten ikke at tage stilling til dette, da det ikke blev fundet relevant, eftersom afskedigelserne var sket på baggrund af alder.

Byretten lagde vægt på, at de forventede genansættelser ikke kunne ændre ved sagens udfald. De fire piloter blev derfor tilkendt en godtgørelse i overensstemmelse med den, ved Ligebehandlingsnævnet, angivne godtgørelse. Piloterne blev hver tildelt en godtgørelse på 525.000 kr. svarende til 9 måneders løn. Godtgørelse blev i Byretten udmålt på baggrund af sagens grovhed og de vidtgående økonomiske, familiemæssige og personlige konsekvenser, som afskedigelsen havde haft for piloterne.

3.4.4. Østre Landsrets domsafsigelse

SAS valgte, efter Byrettens afgørelse, at anke dommen til Landsretten. SAS ankede dommen med ønske om frifindelse eller frifindelse mod betaling af et mindre beløb end det påståede. SAS frafaldt den selvstændige påstand om piloternes placering på senioritetslisten, og de tog derudover deres opgørelse af piloternes anciennitet til genmæle.
Ved Landsretten forekom der supplerende sagsfremstillinger, som hovedsageligt indeholdt udtalelser og korrespondancer mellem advokat Ulrik Jørgensen og advokat Christian K. Clasen og supplerende materiale fra Tine Moe Svendsen.
P4 forklarede supplerende til Landsretten, at han, på mødet med SAS og P2, fortalte, at afskedigelserne ikke kunne ske på baggrund af senioritetslisten, da dette ville være i strid med lovgivningen. Efter det omtalte møde indhentede og videresendte P4 en udtalelse fra Ulrik Jørgensen. Udtalelsen lød:

> *"Jeg retter henvendelse til selskabet på vegne [af] piloterne P4 og P2.*
>
> *Piloterne har anmodet mig om at vurdere lovligheden af de opsigelsesbestemmelser, der som udgangspunkt lægges til grund i selskabet, ved opsigelse af piloter begrundet i arbejdsmangel.*
> *. . .*

Såfremt der skal ske afskedigelser af et antal piloter, der medfører, at nogle men ikke alle indenfor et givent anciennitetsinterval skal afskediges, den yngste i levealder før den ældre.

. . .

Hvis selskabet ved afskedigelse af piloter i en arbejdsmangelssituation inddrager levealder som et kriterium ved afgørelse af, hvem af flere, der skal afskediges, er dette utvivlsomt i strid med diskriminationsloven

Jeg er bekendt med, at man fra selskabets side har argumenteret med, at senioritetslisten er udarbejder før aldersdiskrimination blev forbudt, hvorfor man ikke mener, at det vil være i strid med loven at følge listen.

Dette synspunkt er åbenbart uholdbart.

. . .

Det har ingen betydning, at reglerne om senioritetslisten er aftalt i en kollektiv overenskomst.

Det fremgår af lovens § 5 a, at bestemmelser i kollektive overenskomster, der er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling er ugyldige. Sådanne overenskomstmæssige bestemmelser hverken skal eller må efterleves af arbejdsgiveren."[91]

Landsretten fandt, at SAS' opsigelser af de fire piloter uden tvivl var udtryk for direkte forskelsbehandling i forbindelse med alder, jf. FBL § 2, jf. § 1, stk. 2. Landsretten gjorde det tydeligt, at SAS valgte at opsige de fire piloter på trods af, at de var blevet informeret om, at dette ville være et udtryk for forskelsbehandling på baggrund af alder.
Endvidere gjorde Landsretten gældende, at der ikke forelå grundlag for at anse bestemmelsen, omhandlende alder i den kollektive overenskomst, for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i FBL § 5 a, stk. 3. Landsretten vurderede, at det ikke kunne føre til et andet resultat, at SAS var af den opfattelse, at de havde udført indirekte forskelsbehandling, og at bestemmelsen i den kollektive overenskomst fortsat kunne anvendes med det, frem til den 18. januar 2005, gældende indhold.

Landsretten anførte i dommen, at fastsættelsen af godtgørelsen skulle tage udgangspunkt i de, i ADHD-dommen, anførte retningslinjer, som havde udviklet sig i praksis ved afskedigelser i strid med LBL § 9.

[91] U.2015.2027H, s. 18

Der blev ikke fundet grundlag for at fravige Byrettens dom i hverken op- eller nedadgående retning. Baggrunden for dette var, at genansættelserne var driftsmæssigt begrundet og ikke et udtryk for en ændret vurdering af SAS' grundlag for afskedigelserne. Landsretten stadfæstede derfor Byrettens dom.

3.4.5. Højesterets domsafsigelse

SAS valgte, efter Landsrettens dom, at anke dommen til Højesteret med påstand om frifindelse mod betaling af 175.000 kr. eller et mindre beløb end den udmålte godtgørelse til P1 og P3. SAS ønskede derudover frifindelse angående P2 og P4 eller et mindre beløb end den udmålte godtgørelse. De fire piloter ønskede stadfæstelse af dommen.

Til Højesteret blev det forklaret, at de fire piloter, og de resterende afskedigede piloter, som sagen drejede sig om, var blevet rekrutteret i 1998/1999, og de var født i 1968 eller senere. De øvrige piloter i samme rekrutteringsår, som ikke blev afskediget, var født i 1967 eller tidligere.

SAS anførte til Højesteret, at de ikke mente, at der forelå grundlag for at tilkende de omtalte piloter godtgørelse, da godtgørelsen ikke blev anset som proportional med den krænkelse, som havde forelagt. SAS påstod, at der forelå formildende omstændigheder, blandt andet at afskedigelserne var driftsmæssigt begrundede, og at der derfor forelå et sagligt opsigelsesgrundlag. SAS valgte derudover at oplyse, at de var af den holdning, at P2 og P4 ikke skulle modtage en godtgørelse, da de var blevet afskediget alligevel, hvis afskedigelserne alene var baseret på ansættelsesdatoen. P1 og P3 blev ansat den 29. juni 1998, og P2 og P4 blev ansat den 30. september 1998.

Ligebehandlingsnævnet, piloternes mandatar, anførte over for Højesteretten, at godtgørelsen, som var givet ved Ligebehandlingsnævnet, Byretten og Landsretten, var passende, og at de ikke mente, at der forekom formildende omstændigheder, som kunne begrunde en nedsættelse i godtgørelserne. Piloternes mandatar oplyste, at de ikke afslog, at SAS sagligt kunne afskedige piloterne på baggrund af selskabets økonomiske situation, men at dette ikke kunne begrunde en reducering i godtgørelsen til piloterne.

Højesteret tog alene stilling til spørgsmålet om godtgørelse efter FBL § 7. De anførte, at forbuddet mod aldersdiskrimination var blevet krænket, da afskedigelserne skete på baggrund af senioritetslisten, som satte piloterne op efter alder, således at en ældre pilot stod før en yngre.

Højesteret valgte ved fastsættelsen af godtgørelsen, at der skulle lægges vægt på grovheden, og i den forbindelse skulle der tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen og den krænkelse, der var blevet påført de enkelte piloter. Dette kom fra udgangspunktet i Højesterets dom, U.2015.1H, som er omtalt i specialets afsnit 3.3.

De fire piloters afskedigelse blev gennemført som følge af en større nedskæringsrunde og arbejdsmangel. Afskedigelsen i denne sag skete ikke på baggrund af et udvælgelseskriterium, som det var tilfældet i U.2015.1H. På baggrund af disse omstændigheder fandt Højesteret, at godtgørelsen skulle nedsættes, således at den blev fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn. De øvrige oplysninger, som blev givet i sagen, kunne efter Højesterets opfattelse ikke få sagen til at føre til et andet resultat. SAS skulle derfor betale en godtgørelse til hver af piloterne på 350.000 kr.

3.4.6. Delkonklusion

I Byrettens domsafsigelse blev der lagt vægt på, at piloterne var blevet udsat for direkte forskelsbehandling. Derudover lagde Retten vægt på piloternes alder, sagens grovhed og at afskedigelserne havde haft store konsekvenser for piloternes økonomi, familiemæssige og personlige forhold.

Landsretten lagde, ligesom Byretten, mest vægt på, at der var sket en direkte forskelsbehandling.

Højesteret tillagde grovheden af krænkelsen samt baggrunden for overtrædelsen og selve krænkelsen vægt i deres domsafsigelse.

Hvorvidt der forelå formildende omstændigheder i forbindelse med, at SAS havde handlet efter deres overenskomst, vides ikke.

Omfanget af krænkelsen af de enkelte piloter kendes ikke nøjagtigt, men afskedigelserne havde haft økonomiske og personlige konsekvenser for piloterne, hvilket kunne være afgørende for Højesterets afgørelse. Hvorvidt de økonomiske og personlige konsekvenser for piloterne var afgørende i op- eller nedadgående retning er uvist.

3.5. U.2015.2625S - Opsigelse af kommunal medarbejder grundet handicap

Dommen omhandlede, hvorvidt Ikast-Brande Kommune (herefter Kommunen) havde overtrådt forbuddet mod forskelsbehandling ved afskedigelse af sagsøger (herefter A), på grund af hendes handicap, samt hvorvidt A var omfattet af handicapbegrebet.

3.5.1. Resume af sagens omstændigheder

A blev, den 1. april 2009, ansat som nyuddannet civilingeniør i Ikast-Brande Kommunes planafdeling i en fuldtidsstilling på 37 timer ugentligt. A skulle arbejde med lokalplaner fra start til slut, hvor planerne skulle udsendes. Endvidere skulle hun arbejde med koordinering af store og små opgaver i lokalplangruppen samt hjælpe til i de øvrige afdelinger på tekniske områder. Den 25. maj 2009 var A involveret i en arbejdsrelateret trafikulykke. Da chaufføren ikke overholdt sin vigepligt, blev de ramt af en bil, som fik dem til at slynge rundt, hvorfor A kom til skade med sin højre arm. Ulykken blev anmeldt som en arbejdsskade den 9. juni 2009, og A påbegyndte sit arbejde på fuld tid kort tid efter ulykken. I august 2009 måtte A deltidssygemelde sig, da smerterne i hendes højre arm var tiltagende. Praktiserende læge, Lars Dudal Madsen, havde i en statusattest skrevet, at:

> *"Pt. har refleksdystrofi. Forløbet af disse er helt uforudsigelige, tager oftest et par år, men kan både blive kortere og længere tid afhængig af, hvordan det spontane forløb er.*
>
> *Vi har ikke nogen mulighed for at behandle hende, al behandling er empirisk. Det eneste vi kan gøre os håb om er, at vi kan lindre hendes smerter med et eller andet smertestillende middel. Det er ikke på forhånd givet, at det lykkes.*
>
> *Indtil nu er det bedst virkende middel et epilepsimedicin, som mindsker, men ikke fjerner smerten.*
>
> *Det er sjældent at tilstanden bliver ved i 10 år, medmindre den giver anledning til komplikationer, som er invaliderende. Indtil nu har det ikke set ud til at pt.'s refleksdystrofi vil gøre det."*[92]

Refleksdystrofi er navnet på tilstanden *komplekst regionalt smertesyndrom,* som er en kronisk smertetilstand, der optræder i et afgrænset område. Patienter kan også opleve andet end smerter som brændende eller sviende smerter, hævelse, ændring i hudfarve, ændret temperatur, unormal sveden og overfølsomhed i området. Det blev konstateret af en læge på neurologisk afdeling i Holstebro, at det var sygdommen, refleksdystrofi, A, med overvejende sandsynlighed, led af efter ulykken. Der blev efterfølgende, den 13. juli 2010, lavet en helbredsattest af A's egen læge, som beskrev, at A led af en sygdom, som var invaliderende, når den var aktiv, og at A blev kraftigt

[92] U.2015.2625S, s. 3

medicineret for at holde smerterne nede. Lægen vurderede, at A havde et funktionsniveau på cirka 20 timer, inklusiv transport, ugentligt.
Derudover mente lægen, at sygdommen burde falde til ro efter en periode, og at A derefter ville kunne varetage sit job. Hendes læge udtalte yderligere, at det ville være bedst at ansætte A med en ugentlig arbejdstid på 15 timer, og at man kunne ansætte en anden medarbejder til de resterende timer. A fik anerkendt sin ulykke som en arbejdsskade med en méngrad på 8 % samt et erhvervsevnetab på 40 %.

A fik, på et møde med sin chef, Karina Kisum, den 25. august 2010, tilbudt at overgå til en fastansættelse på 20 timer om ugen, men Kommunen kunne ikke garantere, at der var en fuldtidsstilling til hende efter to år på nedsat tid. A fik efterfølgende lavet en speciallægevurdering, som konkluderede, at A led af sygdommen *refleksdystrofi* med svære mén, men at der efter flere år burde komme en bedring i sygdommen. Hvorvidt denne bedring ville komme hos A, var uvist. På A's arbejde blev der holdt endnu et opfølgningsmøde, hvor Karina Kisum og en tillidsrepræsentant deltog. På dette møde oplyste Kommunen, at det ikke var muligt at ansætte en anden medarbejder til de resterende timer på grund af det specialiserede arbejdsområde, og at de ikke så anden udvej end at afskedige A. Afskedigelsesprocessen startede den 12. november 2010, hvor A, i sine bemærkninger til processen, foreslog en omplacering for at fastholde sin ansættelse. Kommunen undersøgte muligheden uden at ændre deres afgørelse om afskedigelsen. De henviste yderligere til A's langvarige og fortsatte sygefravær som begrundelse for afskedigelsen, hvorfor A måtte fratræde sin stilling den 28. februar 2011.

Den 17. oktober 2013 fik A tildelt et fleksjob i planafdelingen ved Holstebro Kommune, hvor hun havde en ugentlig arbejdstid på 12 timer. I juli 2013 blev det efterfølgende konkluderet, af lægefaglige personer, at A's sygdom var stationær og ikke i bedring.

3.5.2. Parternes påstande i Sø- og Handelsretten

Ingeniørforeningen IDA (herefter IDA) var mandat for A i denne sag, som sagsøgte Kommunen for overtrædelse af FBL i forbindelse med afskedigelse grundet handicap. IDA påstod, at Kommunen skulle udbetale en godtgørelse til A, der svarede til 12 måneders løn, mens Kommunen påstod frifindelse eller frifindelse mod betaling af et mindre beløb, end forelagt af IDA.

Den første tvist i sagen var, hvorvidt A var omfattet af FBL, da hun blev afskediget fra sit job. Til dette mente IDA, at A var omfattet af loven og dermed beskyttet mod afskedigelse grundet handicap, da hun var blevet diagnosticeret med refleksdystrofi, som ville have et langvarigt forløb eller kunne blive

en varig sygdom. Som nævnt tidligere kom A til skade i en trafikulykke, hvor hun pådrog sig skade på sin højre underarm og hånd. Dette gav hende en begrænset mulighed for at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med sine kollegaer. Ifølge EU's definition af ordet *handicap* i FBL defineres dette således:

> *"[…] det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af blandt andet fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed."*[93]

Derudover er det, ifølge EU-retspraksis, ikke en forudsætning for *"konstateringen af, at der foreligger et handicap"*[94], at man kan pege på en tilpasningsforanstaltning. Samtidig følger det af EU's definition på ordet handicap, at karakteren af den ansattes behov for eventuelle tilpasningsforanstaltninger er vigtige. Dette gælder særligt, når det vedrører nedsættelse af arbejdstiden, eftersom denne tilpasningsforanstaltning kan være omfattet af EU's beskæftigelsesdirektiv. IDA mente derudover, at den nedsatte arbejdstid var et væsentligt behov hos A, og afvisningen af at imødekomme behovet var grundlaget for afskedigelsen af A. Samtidig mente IDA, at A var forhindret i at deltage i arbejdslivet på samme vilkår som sine kollegaer, og at A havde behov for kompensation i form af blandt andet personlige hjælpemidler og nedsat arbejdstid. På den baggrund mente IDA, at A's lidelse udgjorde et handicap i FBL's forstand.

I modsætning til IDA mente Kommunen, at det var A, der skulle godtgøre, at hun havde et handicap på opsigelsestidspunktet og dermed var beskyttet mod forskelsbehandling ved afskedigelse. Kommunen mente ikke, at A havde godtgjort, at hun på opsigelsestidspunktet, den 29. november 2010, havde et handicap i FBL's forstand. Kommunen refererede til EU's definition af begrebet handicap, som er nævnt i citatet ovenfor, hvorefter det var Kommunens opfattelse, at EU-domstolens formulering "*en begrænsning, der er af lang varighed*" indebar, at man foretog en konkret vurdering af A's funktionsbegrænsningsvarighed.

I den konkrete vurdering af A's begrænsning blev der taget udgangspunkt i oplysningerne om A's helbredsmæssige situation på opsigelsestidspunktet, hvor den lægefaglige vurdering af funktionsbegrænsningens forventede varighed havde en stor og særlig relevans for sagen. Kommunen

[93] EU-domstolens afgørelse i de forenede sager C-335/2011 (Ring) og C-337/2011 (Skouboe Werge) af 11. april 2013, præmis 47
[94] Ibid, præmis 45

mente ikke, at det, på baggrund af de faktiske forhold, herunder de lægelige oplysninger, kunne anses for godtgjort, at A, på opsigelsestidspunktet, havde et handicap i FBL's forstand. Det fremgik af den helbredsattest, der forelå, at A's helbredsmæssige gener på dette tidspunkt forventedes at ville brænde ud inden for en periode på to år. Herefter ville A være i stand til at kunne varetage sit arbejde. På den baggrund mente Kommunen ikke, at A havde godtgjort, at hendes funktionsbegrænsning kunne anses for at være af lang varighed. Endvidere mente Kommunen, at de helbredsoplysninger, som fremkom efter opsigelsen, ikke havde nogen betydning for vurderingen af, hvorvidt A havde pådraget sig et handicap.

Da man tog udgangspunkt i forholdene på opsigelsestidspunktet, var det dermed disse forhold, der blev afgørende for den vurdering, der skulle foretages af sagligheden, som lå bag opsigelsen af A. Dette var også fastslået i Østre Landsrets dom af 5. juli 2013 i sagerne B-2578-12 og B-2579-12, som bemærkede, at de helbredsoplysninger, der var fremkommet efterfølgende, ikke ville have ændret Rettens afgørelse. Det blev flere gange fastslået i denne retspraksis, at princippet om, at det var oplysninger frem til opsigelsestidspunktet, der skulle bruges i vurderingen, også var gældende ved vurdering af, hvorvidt en person var omfattet af den særlige beskyttelse i FBL mod afskedigelse grundet handicap.

I forhold til kompensationsforanstaltninger mente IDA, at Kommunen ikke havde levet op til de forpligtelser, der forelå efter FBL § 2 a. Grundet gener fra ulykken fik A behov for at benytte en bærbar computer til at skrive sine notater og lignende i forbindelse med udførelsen af sit arbejde, hvilket Kommunen afviste. Derudover havde A behov for skrive- og tegneredskaber, som let afgav farve, så A ikke skulle trykke hårdt for det, samt griberedskaber, der kunne påsættes redskaberne. Dette afviste Kommunen ligeledes at afhjælpe, hvorfor A selv måtte finansiere indkøbet af redskaberne, som var en nødvendighed for udførelsen af sit arbejde. Til sidst havde A brug for nedsat arbejdstid. Efter ulykken var A deltidssygemeldt et par måneder, hvor hun efterfølgende arbejdede med et varierende timetal på 20 til 31 timer ugentligt. A forsøgte flere gange, til opfølgningsmøderne med Karina Kisum, at foreslå en ansættelse på nedsat tid. Dette blev dog afvist hver gang, og det endte med, at man ikke så anden udvej end at afskedige A snarest muligt. Beslutningen om afskedigelsen blev fastholdt af Karina Kisum, selvom A's socialrådgiver havde informeret hende om, at man havde skrevet til Fastholdelsescentret med henblik på at få afklaret erstatning for tab af erhvervsevne. A's ønske om deltid blev således endegyldigt afvist på et ufuldstændigt grundlag, eftersom der ikke blev foretaget undersøgelser af, hvorvidt det var muligt at omlægge arbejdet eller ansætte en kollega til at udfylde

A's fravær. Dermed kunne Kommunen have opfyldt sine forpligtelser i forhold til FBL § 2 a, inden de traf beslutning om afskedigelsen.
A's arbejdsevne på afskedigelsestidspunktet var 20 timer ugentligt, og A deltog efter afskedigelsen i to arbejdsprøvninger, hvor hun arbejdede 20 timer om ugen, uden nogen bemærkninger til arbejdseffektiviteten.

Udover de manglende kompensationsforanstaltninger mente IDA ikke, at Kommunen kunne godtgøre, at foranstaltningerne udgjorde en uforholdsmæssig stor byrde for dem. I Kommunens planafdeling var der i alt seks medarbejdere beskæftiget med fysisk planlægning og byfornyelse. To af medarbejderne var kommuneplanlæggere, tre var lokalplanlæggere og én arbejdede med byfornyelse. Dette havde givet rig mulighed for at omlægge arbejdsopgaverne og på den måde skabe plads til en deltidsansættelse af A. Derudover var den ene af kommuneplanlæggerne sygemeldt i en periode grundet kræft og blev erstattet med en vikar. Da vedkommende blev raskmeldt, arbejdede denne på deltid. På baggrund heraf mente IDA ikke det var korrekt, at alle planlæggere var beskæftiget på fuld tid, mente IDA.

I forhold til den nedsatte arbejdstid påstod IDA, at det var urigtigt, at det ikke kunne lade sig gøre at rekruttere medarbejdere til de resterende antal timer. Det var helt grundlæggende, at Kommunen kunne løfte bevisbyrden for, at de havde undersøgt mulighederne for rekruttering og dermed muligheden for at imødekomme A's ønske om deltid. Dog gennemførte Kommunen ikke disse undersøgelser, og på den baggrund kunne Kommunen ikke løfte bevisbyrden for, at afskedigelsen var saglig begrundet i karakteren af de fornødne kompensationsforanstaltninger. Eftersom det ikke var uforholdsmæssigt byrdefuldt for Kommunen at ansætte A på deltid, fandt undtagelsesbestemmelsen i FBL § 2 a, 2. pkt. ikke anvendelse, hvorfor Kommunen ikke kunne løfte bevisbyrden for manglende kompensationsforanstaltninger. Det ville derudover ikke være en uforholdsmæssig stor byrde for Kommunen at tilbyde A de arbejdsredskaber, som var nødvendige for udførelsen af hendes arbejde grundet sit handicap.

Vedrørende kompensationsforanstaltningerne mente Kommunen ikke, at A havde godtgjort, at der var faktiske omstændigheder, der skabte en formodning for, at Kommunen ikke havde levet op til sine forpligtelser efter FBL § 2 a, jf. FBL § 7 a. A havde gjort gældende, at Kommunen havde pligt til at tilbyde hende en deltidsstilling frem for en fuldtidsstilling i henhold til FBL § 2 a. Heraf fulgte det, at Kommunen ville være forpligtet til at overveje en anmodning om nedsat tid, hvor dette ville give mulighed for at fastholde hendes beskæftigelse. Det var dog ikke et krav, at nedsætte arbejdstiden,

så længe det, ud fra en vurdering af den driftsmæssige situation, var en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren at imødekomme denne anmodning. Kommunen mente ikke, de var forpligtet til at tilbyde A en deltidsstilling på 20 timer om ugen, da det som følge af den driftsmæssige situation ville være en uforholdsmæssig stor byrde for dem. Når lokalplaner skulle udarbejdes, krævede det både akademisk, specialiseret og komplekst arbejde. Det strakte sig over en lang periode, hvorfor det, driftsmæssigt, ville være overordentligt uhensigtsmæssigt at flytte ansvaret for udførelsen af arbejdet rundt mellem forskellige medarbejdere. På den baggrund var det Kommunens opfattelse, at det var afgørende for en vellykket gennemførelse af arbejdet med lokalplaner, at der var kontinuitet og sammenhæng i processen med udarbejdelsen af planerne. Det var derfor afgørende, at koordineringsarbejdet i hver sag blev varetaget af den samme medarbejder. Derfor mente Kommunen ikke, at det var muligt at have medarbejdere ansat på væsentligt reduceret tid, og dermed være to medarbejdere om én stilling af hensyn til opgavevaretagelsen i planafdelingen. Kommunen var ikke bekendt med tidligere eksempler på fastansatte medarbejdere, der havde arbejdet på deltid i afdelingen, hvis man så bort fra muligheden for 32 timer ugentligt efter endt barsel.

Endvidere mente Kommunen, at dette var det generelle billede på det kommunale område, og at det var samme praksis i andre kommuner, der havde samme størrelse som Ikast-Brande Kommune. Hertil indskød A, at hun var ansat i fleksjob på 12 timer ugentligt i Holstebro Kommune. Det måtte dog bemærkes, at Holstebro Kommune var dobbelt så stor som Ikast-Brande Kommune, idet der var ansat ti planlæggere. Dette gav Holstebro Kommune muligheden for at tilrettelægge arbejdet således, at overskydende arbejde kunne gives til den medarbejder, der arbejdede 12 timer ugentligt. Såfremt det skulle være en mulighed i Ikast-Brande Kommune, ville det kræve, at der blev ansat en medarbejder på fuld tid, hvis der tillige skulle være en deltidsansat medarbejder. Dette ville dog medføre en væsentlig forhøjet udgift til løn i Kommunens afdeling. Derudover var A ikke visiteret til et fleksjob på opsigelsestidspunktet. Endvidere var det i retspraksis også fastlagt, at der ikke var krav i FBL § 2 a om, at en arbejdsgiver i realiteten skulle ansætte en ekstra medarbejder for at dække de timer, den handicappede ikke kunne arbejde. Dette var støttet i U.2015.1053S, der fandt, at det var en uforholdsmæssig stor byrde at ansætte en ekstra skibsassistent til at holde udkig, da der ikke var andre jobfunktioner, som skibsassistenten kunne varetage med sine kvalifikationer. På den baggrund mente Kommunen, at U.2015.1053S viste, at det var lovligt at lægge vægt på selve organisationens størrelse samt muligheden for at udnytte den handicappede medarbejders kvalifikationer fuldt ud ved vurderingen af, om det var en uforholdsmæssig stor byrde at iværksætte en hensigtsmæssig foranstaltning.

Kommunen mente, at de erfaringer, der blev gjort under A's deltidssygemelding, såede tvivl omkring, hvorvidt A i realiteten ville blive i stand til at udføre sit arbejde 20 timer ugentligt, selvom det var A's eget ønske. Samtidig havde Kommunen noteret sig, at A alene arbejdede 12 timer ugentligt gennem sit fleksjob.

I forhold til afvisninger vedrørende hjælpemidler, mente Kommunen ikke at skulle have nægtet A adgang til relevante hjælpemidler under hendes ansættelse, eftersom de købte et tastatur til A, der skulle hjælpe hende. De mente heller ikke, at det var nødvendigt af hensyn til muligheden for at udføre arbejdet, at A finansierede sin bærbare computer selv, da A havde muligheden for at benytte sig af afdelingens bærbare computer i arbejdstiden. Afslutningsvis mente Kommunen ikke, at der burde foreligge en anderledes vurdering af, hvorvidt en hensigtsmæssig foranstaltning ville være en uforholdsmæssig stor byrde, end hvad en vurdering ville have vist i en privat virksomhed. Kommunen havde ikke bedre økonomiske eller strukturelle muligheder i forhold til at stille fleksible rammer til rådighed for sine medarbejdere, end hvad en privat virksomhed ville have mulighed for.

Ifølge FBL § 2 a er en arbejdsgiver forpligtet til at tilbyde den ansatte foranstaltninger, der kan kompensere for konsekvenserne af et handicap, hvilket IDA refererede til. Ifølge FBL § 2 a, 2. pkt. kan arbejdsgiveren undlade at iværksætte kompensationsforanstaltninger, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde, hvilket var det, Kommunen argumenterede for. Ifølge EU-retspraksis skal artikel 5 i Beskæftigelsesdirektivet fortolkes således:

> "[…] *at en nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en af de tilpasningsforanstaltninger, der er omfattet af denne artikel. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om en nedsættelse af arbejdstiden, under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagerne, som en tilpasningsforanstaltning udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren."*[95]

Denne fortolkning støttede Kommunens argumentation i forhold til, hvorvidt de var forpligtede til at iværksætte foranstaltninger, samt hvorvidt de opfyldte dette.

I forhold til tvisten om hvorvidt A's handicap var en varig eller midlertidig tilstand på opsigelsestidspunktet, mente Kommunen ikke, at A var omfattet af beskyttelsen i FBL mod afskedigelse på grund af handicap, da A's begrænsning ikke var defineret som en varig sygdom. Dette synspunkt var IDA ikke enige i, eftersom de ikke mente, at det var i overensstemmelse med EU-retten

[95] U.2015.2625S, s. 18

og refererede til EU-dommen C-335/11 og C-337/11, Ring og Werge. I denne dom var det tilstrækkeligt, at den ansattes begrænsning i relation til arbejdslivet enten var, eller sandsynligvis ville blive, langvarig, før beskyttelsen i FBL trådte i kraft. Dermed var der ikke et krav fra EU-domstolen om, at lidelsen skulle være varig. I dommen var Lone Skouboe Werges situation særlig i forhold til sammenligning med A's situation i nærværende sag, da Lone Skouboe Werge også kom til skade ved et trafikuheld og efterfølgende blev opsagt. Hun havde været syg i ét år og fire måneder på opsigelsestidspunktet, hvilket, efter Sø- og Handelsrettens opfattelse i U.2014.1223S, var tilstrækkeligt længe til, at man vurderede, at tilstanden var omfattet af handicapbegrebet på baggrund af dens varighed.

IDA gjorde gældende, at A's begrænsning var varig på afskedigelsestidspunktet efter EU-retlig forstand. A havde på afskedigelsestidspunktet været syg i halvandet år og dermed tilstrækkeligt længe til, at man burde vurdere afskedigelsen efter reglerne om afskedigelse af handicappede i FBL. Det var ligeledes tilstrækkeligt længe til at leve op til kravene i den førnævnte sag fra Sø- og Handelsretten. IDA argumenterede yderligere med de lægelige beviser i sagen. Disse viste, at den lægelige diagnose, der blev foretaget kort efter ulykken, angav, at sygdommen var en varig lidelse, hvis den fortsatte ud over to år, mens den blot ville være forbigående, hvis symptomerne forsvandt tidligere. Dette blev senere bakket op af den samme læge. I speciallægeerklæringen fra neurologisk afdeling fremgik det med større klarhed, at man kunne håbe på spontan bedring, men at der desværre også blev set tilfælde, hvor skaden havde spredt sig længere op ad armen eller til andre steder på kroppen. I en efterfølgende speciallægeerklæring, hvor A's tilstand blev vurderet, blev det anført, at man kunne se bedring op til to år efter, men at man også kunne frygte, at tilstanden var ved at blive varig. En sidste læge anførte ud fra erfaring, at der kunne ske bedring i løbet af en længere periode, hermed flere år, men at det var uklart, hvorvidt det kunne blive en realitet i denne sag. På baggrund af de lægelige udtalelser mente IDA, at lidelsen allerede fra tidspunktet for trafikuheldet havde karakter af en varig lidelse og i den forbindelse udgjorde et handicap i henhold til FBL. Dette vurderede de ud fra en lægeudtalelse, hvor det blev gjort klart, at der stadig ikke var bedring efter fire år med sygdommen.
Som minimum mente IDA, at det var *sandsynligt*, at begrænsningen ville være varig eller langvarig på afskedigelsestidspunktet og dermed skulle være omfattet af handicapreglerne. Ifølge EU-retten kan der ikke stilles krav om, at lidelsen skal være varig eller langvarig på afskedigelsestidspunktet, men alene udsigten til en varig eller langvarig lidelse er tilstrækkelig. Ifølge C-13/05, Navas, ses det, at en begrænsning *"sandsynligvis skal være af lang varighed"*[96], for at være omfattet af begrebet handicap. Hermed kunne en lidelse være omfattet af handicapbegrebet, hvis det var *sandsynligt*, at sygdommen

[96] U.2015.2625S, s. 12

ville blive varig. Ifølge de lægelige beviser i sagen levede A's sygdom fuldt ud op til EU-domstolens krav på afskedigelsestidspunktet. IDA mente hermed, at det bevismæssigt kunne lægges til grund, at det på afskedigelsestidspunktet stod, eller burde stå, klart for Kommunen, at A's lidelse måtte forventes at blive varig eller langvarig.

I forhold til Kommunens viden om A's begrænsning mente IDA ikke, at Kommunen var bekendt med de oplysninger, der forelå vedrørende karakteren af A's lidelse, specifikt den forventede varighed af lidelsen. Endvidere mente IDA, at Kommunen var forpligtet til at efterspørge de seneste lægelige oplysninger, før de skred til afskedigelse af A. Reale hensyn anførte desuden, at en arbejdsgiver måtte forvente, at medarbejderens lidelse sandsynligvis var varig ud fra de lægelige oplysninger, hvorfor arbejdsgiveren ikke måtte stille sin retsstilling bedre ved en afskedigelse, før den endelige diagnose var stillet. Dette hensyn antages at ligge bag EU-domstolens bemærkninger til retspraksis, hvor det findes tilstrækkeligt, at varigheden af lidelsen *sandsynligvis vil være lang*. Denne formulering fremrykkede fuldbyrdelsesmomentet til et tidligere tidspunkt, hvor der ikke var sikkerhed for, at lidelsen var varig, frem for til et tidspunkt hvor lidelsens varighed med sikkerhed kunne vurderes. Dette havde en særlig indflydelse i denne sag, hvor den empiriske viden om sygdommens udvikling også udgjorde et diagnosticeringsredskab, som også var tilfældet i denne sag med sygdommen *refleksdystrofi*.

IDA mente, at afskedigelsen af A var direkte forskelsbehandling på baggrund af hendes handicap, jf. FBL § 1, stk. 2, jf. § 2, stk. 1. Hele A's deltidssygemelding var begrundet i symptomer fra sygdommen, og Kommunens begrundelse for deres afskedigelse af A var hendes langvarige sygefravær. Denne begrundelse var en direkte henvisning til A's handicap, hvorfor afskedigelsen udgjorde en direkte forskelsbehandling efter FBL. IDA havde herved påvist, at der forelå en usaglig opsigelse i strid med FBL § 7 a. Derfor påhvilte det Kommunen at føre bevis for, at der ikke var sket en afskedigelse i strid med ligebehandlingsprincippet i FBL § 2, og at der ikke var sket en krænkelse af A i forbindelse med opsigelsen. Derudover skulle Kommunen bevise, at opsigelsen var sagligt begrundet i andre forhold end A's handicap, men denne bevisbyrde havde Kommunen ikke kunne løfte.

I forhold til godtgørelsens størrelse havde IDA nedlagt påstand om, at A skulle have en godtgørelse, der svarede til 12 måneders løn, og at der i forbindelse med udmålingen af godtgørelsen blev taget hensyn til, at det var en skærpende omstændighed, at A blev afskediget grundet sit handicap, som var opstået som følge af en arbejdsskade. Derudover burde det have en skærpende indflydelse på godtgørelsens størrelse, at Kommunen ikke havde levet op til sine forpligtelser vedrørende

iværksættelse af foranstaltninger, der kunne hjælpe A til at gennemføre sit arbejde. A's behov for nedsat arbejdstid var hendes primære kompensationsbehov, og netop dette behov var Kommunens begrundelse for afskedigelsen af A. Dette udgjorde endnu en skærpende omstændighed og burde have indflydelse på udmålingen af godtgørelsens størrelse. IDA henviste til, at udgangspunktet ved udmåling af godtgørelse i sager om usaglig afskedigelse er det samme niveau som ved sager, der omhandler afskedigelse grundet barsel og graviditet efter LBL § 9. Udgangspunktet for denne sag var derfor, at udmålingen af godtgørelsen skulle starte ved 9 måneders løn ifølge Højesterets bemærkninger i ADHD-dommen. IDA mente yderligere, at de skærpende omstændigheder burde hæve godtgørelsens størrelse, således at den svarede til 12 måneders løn.

Modsætningsvis havde Kommunen nedlagt påstand om, at såfremt A blev tilkendt en godtgørelse, skulle denne fastsættes til et væsentligt mindre beløb, end IDA havde rejst krav om. Hvis der blev taget udgangspunkt i A's anciennitet på opsigelsestidspunktet, var denne på ét år og ni måneder. Det kunne give en eventuel godtgørelse på højst 6 til 9 måneders løn. Kommunen mente, at der forelå formildende omstændigheder, som burde føre til, at godtgørelsen skulle udmåles til et mindre beløb, end der blev krævet. Der havde tidligere været stor retsusikkerhed på afgrænsningen af handicapbegrebet, i forhold til hvorvidt nedsat arbejdstid var en hensigtsmæssig foranstaltning, som EU-domstolen efterfølgende havde fået opklaret ved afgørelse i forhenværende sager. Grundet retsusikkerheden var denne sag blevet behandlet som en principiel sag, hvorfor IDA havde begæret henvisning til Sø- og Handelsretten, da sagen omhandlede principielle lovfortolkningsspørgsmål på det ansættelsesretlige område - mere specifikt definition på begrebet handicap i FBL. Derudover benyttede Kommunen det argument, at IDA også havde forelagt præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, som efterfølgende blev afvist af Retten. Det anerkendes i retspraksis, at en retsusikkerhed om lovfortolkning burde inddrages som en formildende omstændighed. Afslutningsvis mente Kommunen ikke, at omstændighederne omkring A's skade kunne skærpe Kommunens forpligtelse til at tilbyde hende en deltidsstilling, eftersom det ikke blev vurderet muligt at beskæftige A. Samtidig burde Kommunens undladelse heraf ikke give grundlag for at forhøje det sædvanlige niveau for udmåling af godtgørelse.

3.5.3. Sø- og Handelsrettens domsafsigelse

Sø- og Handelsretten skulle tage stilling til, hvorvidt A led af et handicap i henhold til FBL i forbindelse med domsafsigelsen. I FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, er der et forbud mod at forskelsbehandle en handicappet lønmodtager ved afskedigelse. Ud fra dette fandt retten, at den vurdering, der skulle laves i forhold til, hvorvidt A led af et handicap, skulle laves ud fra forholdene på tidspunktet for opsigelsen. Dommen

refererede til EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11, Ring og Werge, hvor begrebet handicap defineres således:

> *"[…] det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed."*[97]

Ud fra definitionen konkluderede Retten, at begge parter var enige om, at A på opsigelsestidspunktet var omfattet af de to første led i definitionen. Der forelå derfor enighed om, at A led af en lægeligt diagnosticeret sygdom, som medførte begrænsninger i hendes arbejdsliv, og som gjorde, at hun ikke kunne deltage på lige vilkår som sine kollegaer. Parterne var uenige om, hvorvidt denne begrænsning var af lang varighed. Med udgangspunkt i lidelsens karakter, sygdomsforløbet frem til opsigelsen, samt de lægelige oplysninger konkluderede Retten, at A's begrænsning i form af refleksdystrofi, havde karakter af en begrænsning af lang varighed i Beskæftigelsesdirektivets forstand, hvorfor det var et handicap i henhold til FBL. Retten konkluderede yderligere, at det var uden betydning, at Kommunen ikke havde kendskab til de seneste lægelige erklæringer.

Sø- og Handelsretten konkluderede med baggrund i Kommunens anbringender og Karina Kisums forklaring, at Kommunen havde en begrundet fast praksis om ikke at beskæftige planlæggere på deltid. Retten fandt det endvidere ikke muligt at fravige denne praksis overfor A. Eftersom A's handicap forhindrede hende i at kunne arbejde på fuld tid, medførte denne praksis, at hun blev stillet ringere end andre personer, som ikke led af et handicap. Derfor skulle opsigelsen af A bedømmes efter reglerne om indirekte forskelsbehandling, jf. FBL § 1, stk. 3.

Foruden tvisten om handicapbegrebet og den indirekte forskelsbehandling skulle Sø- og Handelsretten tage stilling til, hvorvidt Kommunen havde opfyldt sin pligt til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger i henhold til FBL § 2 a. Retten havde ud fra mødereferater mellem A og Kommunen konkluderet, at den foranstaltning, som parterne drøftede for at undgå afskedigelse, var en deltidsansættelse på 20 timer ugentligt. Ved vurderingen af hvorvidt Kommunen havde opfyldt sin pligt efter FBL § 2 a, fandt Retten, at en deltidsansættelse på 20 timer ugentligt ville være en

[97] EU-domstolens afgørelse i de forenede sager C-335/2011 (Ring) og C-337/2011 (Skouboe Werge) af 11. april 2013, præmis 47

hensigtsmæssig foranstaltning set i forhold til A's behov grundet hendes sygdomsforløb frem til opsigelsen. I forlængelse af denne afgørelse havde Sø- og Handelsretten taget stilling til, om Kommunen ville blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde ved at skulle tilbyde A en sådan deltidsansættelse. Retten konkluderede, at Kommunen ikke havde løftet bevisbyrden for, at der blev foretaget den påkrævede og tilpas konkrete gennemgang af de forskellige opgaver i planafdelingen samt A's muligheder for at varetage disse i forbindelse med overvejelserne om en deltidsansættelse til A. Derudover havde Kommunen ikke forsøgt at få besat en stilling til at supplere A, men de havde på internt grundlag og et generelt plan besluttet, at dette ikke var muligt. Eftersom der manglede en konkret gennemgang og afprøvning af løsningsmulighederne, var det ikke muligt at afgøre, om det ville være en uforholdsmæssig stor byrde for Kommunen at tilbyde A en deltidsansættelse. Da bevisbyrden herfor påhvilte Kommunen og denne ikke blev løftet, konkluderede Retten, at Kommunens opsigelse var udtryk for en indirekte forskelsbehandling på grund af handicap i strid med FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 3, jf. § 2 a.

På baggrund af de fremlagte argumenter konkluderede Sø- og Handelsretten, at A havde krav på en godtgørelse efter FBL § 7 a. Med udgangspunkt i A's anciennitet og det faktum, at definitionen af handicapbegrebet først kom i 2013, blev godtgørelsen fastsat til 6 måneders løn. Sø- og Handelsretten mente ikke, at det kunne føre til en højere godtgørelse, at A's skade var grundet en arbejdsulykke.

3.5.4. Delkonklusion

Sø- og Handelsretten lagde vægt på lidelsens karakter, sygdomsforløbet frem til at A blev opsagt samt de lægelige oplysninger i sagen. Kommunen havde ikke en praksis for at ansætte folk på deltid, hvorfor Retten lagde stor vægt på netop denne praksis i Kommunen. Yderligere blev der lagt vægt på praksis i forhold til, hvorvidt der var sket indirekte forskelsbehandling, eftersom A netop blev stillet ringere, end hvis hun ikke havde haft et handicap og dermed kunne arbejde på fuld tid frem for deltid. Retten lagde vægt på, at der ikke forelå konkrete beviser for, at Kommunen havde foretaget gennemgang, undersøgelser eller afprøvninger af muligheden for en deltidsansættelse med supplerende ansættelse af en anden medarbejder. Afslutningsvist havde Retten lagt vægt på A's anciennitet i forhold til udmålingen af godtgørelsen, som svarede til 6 måneders løn. I den forbindelse blev der yderligere lagt vægt på, at der først kom en reel definition af handicapbegrebet ved EU-domstolen i 2013.

3.6. Ligebehandlingsnævnets afgørelser J. nr. 2015-6810-42818 - Opsigelse af musiker efter overenskomstmæssig pligtig afgangsalder

Sagen fra Ligebehandlingsnævnet, J. nr. 2015-6810-42818, blev anlagt på baggrund af påstået forskelsbehandling grundet alder, da klager, som var kapelmusiker, blev opsagt efter at have nået den overenskomstmæssige pligtige afgangsalder.

3.6.1. Resume af sagens omstændigheder

En kapelmusiker blev opsagt fra sin stilling, da han fyldte 63 år grundet en pligtig afgangsalder i arbejdspladsens fællesoverenskomst. Denne bestemmelse blev indført med hensyn til musikernes helbred. Kapelmusikeren, der ville blive 63 år i juli 2015, modtog, den 20. maj 2015, en skriftlig bekræftelse på fratrædelsen, da han ville blive pensioneret ved udgangen af sæsonen per 31. juli 2015. Sammen med bekræftelsen takkede arbejdsgiveren for den loyale arbejdsindsats gennem mere end 40 år.

Kapelmusikerens ansættelsesforhold var reguleret i en fællesoverenskomst, hvoraf det i § 36 fremgik, at: *"Ansættelsen ophører uden varsel til førstkommende 31. juli efter den ansatte har opnået den for pågældende kunstart fastsatte afgangsalder."*[98] I fællesoverenskomsten fremgik det af et protokollat, at afgangsalderen for musikere var 63 år.
I vinteren 2015 blev der rettet henvendelse fra kapelmusikerens faglige organisation til arbejdsgiver angående drøftelse af ændringer i den pligtige afgangsalder. Arbejdsgiveren havde selv, tilbage i 2011, foreslået at afskaffe afgangsalderen, hvorfor den faglige organisation forventede at få en positiv modtagelse på henvendelsen. Dog afviste arbejdsgiveren henvendelsen med henvisning til, at opretholdelsen var begrundet i økonomiske årsager. De økonomiske årsager var begrundet i, at det var dyrere at have en ældre musiker ansat grundet aflønning efter anciennitet. Dette hensyn var dog ulovligt.

3.6.2. Parternes påstande i Ligebehandlingsnævnet

Kapelmusikeren blev, i et brev den 20. maj 2015, varslet, at hans ansættelse ville ophøre ved udgangen af den sæson, hvor han fyldte 63 år. Ophøret af ansættelsen ved denne alder var aftalt i en intern aftale mellem den faglige organisation og arbejdsgiver. Arbejdsgiveren udtalte dog, at brevet ikke

[98] Ligebehandlingsnævnets afgørelser J. nr. 2015-6810-42818, s. 2

skulle anses som en varsling, men en konstatering af, at den pligtige afgangsalder var opnået. Af FBL § 5 a, stk. 1 fremgår det, at:

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

Lovens § 5 a, stk. 3 indeholder dog en undtagelse, som gør det muligt at opretholde en aldersgrænse, såfremt denne er objektivt og rimeligt begrundet.
Kapelmusikeren påstod, at den interne fællesoverenskomst var ugyldig, jf. FBL § 5 a, stk. 1. Endvidere hævdede han, at aftalen ikke faldt under de gældende undtagelser i stk. 3. Arbejdsgiveren var af den opfattelse, at afskedigelsen var i overensstemmelse med lovgivningen, da der forelå et legitimt formål for, at afgangsalderen var objektivt og rimeligt begrundet. Den pligtige afgangsalder blev fastsat i 1970 i en kollektiv overenskomst, og der var ved fornyelser af reglementet ikke fundet anledning til at ændre den pligtige afgangsalder.
Baggrunden for den lave afgangsalder i fællesoverenskomsten var nedslidning. De fleste jobs medfører en form for nedslidning, også uden at dette danner grundlag for en tidligere pligtig afgangsalder. Afgangsalderen blev, ved forhandlinger, indført i 1970 på baggrund af problemer med gennemtræk i orkestergraven, så strygere blandt andet fik gigt, eller at blæserne fik problemer med dårlige tænder. Baggrunden for indførelsen var vigtig, da denne alene skulle lægges til grund for vurderingen af, hvorvidt bestemmelsen fortsat var saglig og objektiv.
I kapellet, hvor denne musiker sad, havde ingen benyttet sig af sin musikersundhedsforsikring i forbindelse med afskedigelser siden 1992. Dette vidnede om, at sundhedstilstanden generelt var forbedret. Derudover var problemerne med gennemtræk og tandproblemer ikke længere til stede, samt gennemsnitslevealderen var steget siden indførelsen af den pligtige afgangsalder. Det ovenfor nævnte skabte tvivl om de saglige og objektive grunde for indførelsen af den pligtige afgangsalder, hvorfor den kunne kendes ugyldig på disse grundlag.

I 2011 fremsatte arbejdsgiveren et ønske til den faglige organisation om at lade afgangsalderen bortfalde, hvilket de faglige organisationer ikke agtede at imødekomme. Baggrunden herfor blev begrundet i, at der ikke blev fundet anledning til at kritisere den pligtige afgangsalder, og at der til stadighed var et stort slid på musikernes hørelse og krop. I vinteren 2015 henvendte den faglige organisation sig til arbejdsgiveren for at gennemgå mulighederne for, hvorvidt musikerne kunne

fortsætte i deres virke efter den pligtige afgangsalder. Henvendelsen bundede i, at forholdene for musikerne havde ændret sig i væsentlig grad i forhold til slid og skader. Denne henvendelse var arbejdsgiveren dog ikke umiddelbart indstillet på, da han ikke var enig i, at de ovennævnte grunde alene var baggrund for indførelsen af den pligtige afgangsalder.

Kapelmusikere var udsat for fysiske belastninger, primært på kroppen og hørelsen, og udviklede i den sammenhæng ofte arbejdsrelaterede skader, hvorfor arbejdsgiveren mente, at en pligtig afgangsalder på 63 år var retfærdig. Arbejdsgiveren havde, inden for de sidste år, hverken indgivet flere eller færre anmeldelser omhandlende høre- eller slidskader.
Hvis den pligtige afgangsalder ikke var fastsat, ville arbejdsgiver i større omfang være nødsaget til at afskedige musikere for at fastholde det høje kunstneriske krav, som stilles til et orkester af dette kapels standard.
I årene efter 2009 blev der udfærdiget to forskningsprojekter omhandlende musikeres sundhed, som bekræftede, at musikere var udsat for et stort fysisk slid, og at der under en lang karriere som musiker var betydeligt slid på hørelsen. De kunstneriske og arbejdsmæssige krav og vilkår var ikke blevet ændret efter undersøgelserne, og arbejdsgiver oplevede, at det blev mere udfordrende med alderen for nogle musikere at klare de krævende arbejdsopgaver.

Arbejdsgiveren mente derudover, at den pligtige afgangsalder gav bedre muligheder for, at de nyuddannede musikere kunne indtræde i kapellet tidligere, da jobmulighederne i forvejen var små.

3.6.3. Ligebehandlingsnævnets afgørelse

Ligebehandlingsnævnet skulle tage stilling til, hvorvidt arbejdsgiveren havde løftet bevisbyrden for, at den pligtige afgangsalder var objektivt og rimeligt begrundet, og at de midler, som skulle benyttes til at opfylde målene, var nødvendige og hensigtsmæssige**.** Den pligtige afgangsalder var, som beskrevet ovenfor, oprindeligt begrundet i musikernes helbred samt hensynet hertil. Ifølge Ligebehandlingsnævnet dannede parternes oplysninger i sagen baggrund for, at nedslidning i arbejdet som musiker ikke adskilte sig fra tilsvarende risici i andre erhverv og derfor ikke længere kunne lægges til grund for den tidlige afgangsalder.
I sagen var der derudover oplyst, at arbejdsgiveren foreslog en afskaffelse af afgangsalderen i 2011, og at der i 2015 blev rettet henvendelse fra den faglige organisation til arbejdsgiver om ændring af afgangsalderen, men dette blev afslået af arbejdsgiveren.

På baggrund af ovenstående vurderede Ligebehandlingsnævnet, at der ikke længere forelå en fælles vurdering af, at bestemmelsen i overenskomsten, angående den pligtige afgangsalder, skulle være objektivt og rimeligt begrundet.

Ligebehandlingsnævnet ytrede endvidere, at der måtte stilles skærpede krav til opretholdelsen af afgangsalderen efter lovændringen i december 2014, som fjernede 70-års grænsen. Dette blev dog først implementeret i loven den 1. januar 2016. 70-års grænsen blev fundet i § 5 a, stk. 4 i *Lovbekendtgørelse 2008-12-16 nr. 1349 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.* Denne bestemmelse gav mulighed for at indgå aftaler om, at der lovligt kunne lægges vægt på alder ved afskedigelser, hvis denne alder ikke var under 70 år.[99] Denne mulighed blev afskaffet, da paragraffen blev fjernet fra lovgivningen med den konsekvens, at det fremover ikke var muligt at indgå gyldige aftaler om ophør af en ansættelse på baggrund af alder. Det fremgår af indholdet til lovforslag om ændring af FBL[100], at: *"Der ændres ikke på denne bestemmelse med dette lovforslag. Eksisterende aldersgrænser, som overholder de anførte betingelser, kan således opretholdes i kollektive aftaler og overenskomster."*[101] Det følger dog stadig af FBL § 5 a, stk. 3, at gældende aldersgrænser kan opretholdes, hvis disse er rimeligt og objektivt begrundede.
Ligebehandlingsnævnets samlede vurdering var, at grundlaget for opretholdelse af den pligtige afgangsalder ikke var tilstrækkeligt begrundet.
Kapelmusikeren fik på den baggrund medhold i sin klage. Kapelmusikeren blev tilkendt en godtgørelse på 185.000 kr., som var svarende til 4 måneders løn.
Godtgørelsens størrelse var begrundet i undskyldende omstændigheder, herunder at arbejdsgiveren handlede i overensstemmelse med overenskomsten, ansættelsens varighed og de øvrige oplysninger i sagen.

3.6.4. Delkonklusion

Ligebehandlingsnævnet valgte i deres udmåling at lægge vægt på de undskyldende omstændigheder i sagen, og kapelmusikerens anciennitet på mere end 40 år. Den konkrete længde af ansættelsen fremgår ikke.
Det fremgår af retspraksis, efter ADHD-dommen, at ved udmåling af godtgørelser, tages der udgangspunkt i retningslinjerne i LBL § 9, der som udgangspunkt giver godtgørelse svarende til 6, 9 eller 12 måneders løn med afsæt i lønmodtagerens anciennitet. Disse retningslinjer kan dog fraviges i

[99] LFF 2014-11-12 nr. 60, punkt 2.1.1.
[100] LFF 2014-11-12 nr. 60
[101] Ibid, punkt 2.1.2.

både op- og nedadgående retning. Baggrunden herfor er, at der skal lægges vægt på grovheden af overtrædelsen, baggrunden for overtrædelsen og den krænkelse, den enkelte lønmodtager er blevet påført.[102]

Som beskrevet i sagen mente Ligebehandlingsnævnet ikke, der længere forelå saglige, objektive eller rimelige grunde til opretholdelse af den pligtige afgangsalder, hvilket synes at have en væsentlig betydning for sagens udfald. Eftersom Ligebehandlingsnævnet ikke fandt tilstrækkelig baggrund for opretholdelsen af afgangsalderen, kunne selve bestemmelsen i overenskomsten antagelig ikke længere anses for gyldig. Endvidere kan det diskuteres, hvorvidt selve bestemmelsen i forvejen kunne anses for værende gyldig efter FBL § 5 a, stk. 1, da der forekom diskrimination på baggrund af alder. I henhold til lovens § 5 a, stk. 3, kunne en bestemmelse efter stk. 1 opretholdes, såfremt der var tale om en objektiv og rimelig grund. Ligebehandlingsnævnet fandt dog ikke, at der længere var tale om objektive og rimelige begrundelser for opretholdelsen, da der fandtes lignende risici for nedslidning i andre erhverv.

I forhold til grovheden af overtrædelsen af FBL, kan der argumenteres for, at der var tale om en mild overtrædelse, eftersom arbejdsgiveren handlede i overensstemmelse med overenskomsten, hvorfor det må antages, at arbejdsgiver ikke var bevidst om, at han overtrådte bestemmelsen i FBL.

3.7. Sag B-23-16 - Fleksjobansat opsagt på grund af handicap

Sag B-23-16 fra Østre Landsret blev afsagt på baggrund af påstået forskelsbehandling af en fleksjobansat med et handicap. Sagen blev i første omgang afgjort ved Byretten og blev efterfølgende anket til Landsretten.

3.7.1. Resume af sagens omstændigheder

Den skadelidte, Person 1, blev per 1. juni 2009 ansat i et fleksjob som servicekoordinator i Virksomhed 1 med en daglig arbejdstid på tre timer. Virksomhed 1 var en rådgivningsvirksomhed, som havde været i vækst fra 2009 til 2014 både i forhold til omsætning og antal af ansatte.

Baggrunden for Person 1's fleksjob skyldtes en fejloperation. Jobbet indebar blandt andet koordinering, planlægning, fakturering og opfølgning på lagerstatus. Person 1's løn afveg fra den overenskomstbestemte løn, hvilket var blevet godkendt af HK Danmark, som havde indgået den

[102] VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, Retsinformationen, s. 84

omtalte overenskomst. Person 1 var som udgangspunkt ansat fra den 1. juni 2009 til den 30. september 2009 i en prøveperiode, hvorefter hun blev fastansat per 1. oktober 2009. Per 1. januar 2013 blev Person 1 overført til bogholderiet, hvilket hun tilpassede sig. Det nye ved jobbet, efter overflytningen til bogholderiet, var, at hun intet havde med service at gøre. Derudover var mange af opgaverne de samme. Efter overflytningen havde Person 1 spurgt til muligheden for at tilgå kurser, men dette havde Person 3, direktør i Virksomhed 1, afslået. I sagens fremstilling blev det beskrevet, at Virksomhed 1 havde overvejet at sende Person 1 på kursus, men på baggrund af den fejlmargen, de så i hverdagen, mente de ikke, at hun var den rette. Det fremgik i sagsfremstillingerne, at Person 1 ikke havde bedt om at komme på kursus i bogholderi og regnskab.

Person 1 fik jobbet gennem Person 3, som hun kendte personligt. Person 3 var klar over Person 1's fejloperation. Person 1 udførte generelt sit arbejde tilfredsstillende, men der forelå nogle fejltastninger i de faktureringer, som blev sendt ud til kunderne, hvilket blev påtalt for hende. Virksomhed 1 var bevidst om Person 1's handicap, men der blev ikke foretaget nogle særlige hensyn hertil. Person 1 fik dog tildelt en stol og et hæve-sænke-bord af kommunen.

Nogle dage arbejdede Person 1 mere end de planlagte tre timer for at nå sine opgaver, og til tider arbejdede hun hele dage, hvilket indebar, at hun ofte var syg dagen efter på grund af migræne. De ekstra arbejdstimer var ikke blevet pålagt Person 1, og fraværet blev anset som et problem. Person 3 havde på et tidspunkt nævnt, at Person 1 havde meget fravær, men til medarbejderudviklingssamtalerne blev dette aldrig påtalt. Ud fra et bilag i sagen fremgik det, at Person 1 havde haft 81 sygedage fordelt over hele sin ansættelsestid, og ud fra sagsfremstillingerne var denne mængde sygedage svarende til mindre end én til to dage i måneden. Person 1 havde aldrig modtaget en skriftlig advarsel om sit arbejde. I marts 2014 blev Person 1 kaldt til samtale angående hendes sygefravær, hvorefter hun blev opsagt den 29. april 2014 af hensyn til arbejdstiden, da Virksomhed 1 havde behov for en organisatorisk ændring i deres bogholderifunktion.

3.7.2. Parternes påstande i Byretten

Virksomhed 1 påstod, at de ikke opsagde Person 1 på baggrund af hendes handicap eller sygefravær, men af hensyn til arbejdstiden. Opsigelsen kom en måneds tid efter samtalen om sygefravær. Person 1's sygefravær kunne ikke bruges som saglig begrundelse for opsigelsen, da der ikke havde været tale om 120 dages sygdom i løbet af 12 sammenhængende måneder, jf. FUL § 5, stk. 2. Virksomhed 1 havde behov for en fuldtidsansat i virksomheden samt en bogholder, hvilket Person 1 ikke var. I sagsfremstillingerne fremgik det, at Virksomhed 1 ikke opsagde Person 1 på baggrund af, at hun ikke

kunne arbejde fuld tid, men at hun ikke magtede at løfte virksomheden, hvorfor det ikke ville være en løsning at ansætte en anden deltidsmedarbejder.
I sagsfremstillingerne fremgik det, at: *"Opsigelsen var begrundet i de organisatoriske ændringer, et stort sygefravær og antallet af fejltastninger. De to sidstnævnte og personlige grunde blev dog ikke nævnt. Det var ham [Person 3] alene, der afleverede opsigelsen."*[103]

Opsigelsen, med baggrund i organisatoriske ændringer, blev anset som forskelsbehandling efter FBL § 2 a, da en arbejdsgiver skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i forhold til det konkrete behov for at give en person med et handicap adgang til et arbejde. Virksomhed 1 havde ikke undersøgt muligheden for at tilrettelægge arbejdsopgaver således, at Person 1 kunne fortsætte i virksomheden, hvilket de var forpligtet til i henhold til FBL § 2 a. I sagen blev det gjort gældende, at tilrettelæggelse af arbejdsopgaverne, så Person 1 kunne arbejde på deltid, ikke var en stor byrde for virksomheden.
HK Danmark, mandatar for Person 1, udtalte i sagen, at Virksomhed 1 burde have set på muligheden for at ansætte en deltidsansat, som kunne varetage de bogholderimæssige opgaver, som Person 1 ikke kunne nå på sine 15 ugentlige timer. Denne udtalelse kom på baggrund af, at Virksomhed 1 var af den opfattelse, at der var behov for yderligere arbejdstimer til at løse opgaverne i bogholderiet. HK Danmark udtrykte derudover, at det faktum, at Virksomhed 1 ikke ønskede to deltidsansatte til at varetage arbejdsopgaverne, ikke var en saglig begrundelse.

De faktiske omstændigheder i sagen gav anledning til at formode, at der havde forelagt en forskelsbehandling grundet Person 1's handicap. Bevisbyrden for at der ikke var sket en krænkelse af ligebehandlingsprincippet forelå derfor Virksomhed 1.
Person 1 havde efter opsigelsen bedt om en anbefaling i forbindelse med nyt job, hvorefter Person 3 udfærdigede en anbefaling til hende. Denne anbefaling skulle dog ikke anses som et udtryk for, at Person 3 overordnet set var tilfreds med Person 1's opgaver, men derimod hans valg om ikke at skrive en negativ udtalelse.

3.7.3. Byrettens domsafsigelse

I Byrettens begrundelse og afgørelse blev det ved enighed fastslået, at Person 1 var omfattet af handicapbegrebet i FBL, hvorfor hun var beskyttet mod direkte og indirekte forskelsbehandling, jf. FBL § 2, jf. § 1, stk. 1 og 2.
På baggrund af parternes fremstillinger i sagen, konkluderede Byretten, at Person 1 ikke besad de kvalifikationer, som var nødvendige for at bestride jobbet.

[103] Sag B-23-16 - Byrettens afsigelse, s. 4

Byretten begrundede herefter, at Virksomhed 1 ikke var forpligtet til at ændre arbejdsopgaverne for at beholde Person 1 i sin stilling sammen med en ny fuldtidsansat bogholder. Efter sagens oplysninger kom Retten frem til, at bevisbyrden for, at der ikke havde forelagt forskelsbehandling, tilkom Virksomhed 1. Byretten fandt frem til, at opsigelsen af Person 1 ikke var i strid med FBL § 2, og på den baggrund frifandt Byretten Virksomhed 1.

3.7.4. Parternes påstande i Østre Landsret

Sagen blev efterfølgende anket til Østre Landsret, som gav et nyt syn på sagen i deres afgørelse.

Til Østre Landsret blev der opgivet nye oplysninger til sagen.

Person 2, direktør i Virksomhed 1, udtalte til Landsretten, at når Person 1 arbejdede mere end de aftalte tre timer om dagen, fik hun gener, som oftest viste sig ved migræne, men hun havde yderligere haft problemer med smerter i knæet. Person 2 udtalte endvidere, at Person 1 til tider havde for mange opgaver til, at disse kunne klares på de tre timer, og at hun i den forbindelse var blevet bedt om at blive længere. Sommetider havde Person 1 valgt at blive længere på arbejdspladsen på eget initiativ.

Person 3 afgav supplerende forklaring om, at den typiske årsag til Person 1's sygemeldinger var migræne. Person 3 forklarede yderligere, at det ikke var Person 1's sygefravær eller fejltastninger, som var baggrund for opsigelsen. Virksomhed 1 havde behov for et kompetenceløft samt flere arbejdstimer i bogholderiafdelingen, som ikke kunne klares ved ansættelse af en yderligere deltidsmedarbejder. Virksomheden havde behov for endnu en fuldtidsansat og en person, som kunne noget mere. Person 2 forklarede til Landsretten, at det ikke var nødvendigt, at opgaverne omkring løn blev udført af én person. På tidspunktet for forklaringen var der flere ansatte, som sad med arbejdet omkring løn.

Ifølge Person 3 var ansættelsen af Person 1 en vennetjeneste, da det ikke var et job, som var blevet slået op. Person 3 oplyste, at Person 1 udførte sit arbejde udmærket, men at der forekom fejltastninger.

Efter opsigelsen fik Person 1 et kontorjob i et fitnesscenter, hvor hun havde en daglig arbejdstid på tre timer, som blandt andet bestod i at oprette kunder samt oprettelse af rykkere. Person 1 forklarede til Landsretten, at hun blev overflyttet fra serviceafdelingen i Virksomhed 1, da en anden medarbejder fik tildelt et fleksjob og kunne udføre de opgaver som forelå i serviceafdelingen. De ad hoc opgaver, som Person 1 udførte, blev efter opsigelsen fordelt ud i andre afdelinger, og hendes resterende opgaver blev nu udført af den nyansatte.

3.7.5. Østre Landsrets domsafsigelse

På baggrund af de angivne oplysninger i Byretten samt de nye oplysninger i sagen, fandt Landsretten frem til, at Person 1 havde påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var sket forskelsbehandling på baggrund af Person 1's handicap. Dette gav grundlag for, at bevisbyrden skulle påhvile Virksomhed 1. Landsretten fandt ikke, at Virksomhed 1 havde løftet bevisbyrden, idet de ikke havde undersøgt muligheden for at omplacere, tilføre nye opgaver eller tilpasse arbejdet, således at Person 1 kunne fortsætte i den vækstende virksomhed, jf. FBL § 2. Landsretten fandt det dog godtgjort, at det, på baggrund af virksomhedens vækst, var nødvendigt med et kompetenceløft i virksomheden.

På baggrund af de ovenfor nævnte oplysninger i sagen fandt Landsretten, at Person 1, ved sin opsigelse, blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap.
Landsretten fandt, at Virksomhed 1 havde krænket Person 1's rettigheder i henhold til FBL, og de blev herefter pålagt at betale en godtgørelse til Person 1, jf. FBL § 7. Landsretten påkendte Virksomhed 1 at skulle betale en godtgørelse på 150.000 kr. til Person 1.
Da der i Byretten forelå enighed mellem parterne om Person 1's løn, udmålte Landsretten godtgørelsen svarende til 5 til 6 måneders løn[104]. Godtgørelsen blev udmålt på baggrund af krænkelsens karakter og grovhed samt længden af ansættelsesforholdet og de øvrige omstændigheder.

4. Konklusion

Formålet med dette speciale er at finde frem til de omstændigheder, retsinstanserne lægger vægt på ved deres godtgørelsesudmålinger i forbindelse med usaglige opsigelser på baggrund af alder og handicap, samt hvorvidt instanserne følger de retningslinjer som foreligger efter LBL § 9 og ADHD-dommen.

Udgangspunktet i ADHD-dommen kommer fra retningslinjerne i LBL, hvor ancienniteten danner grundlag for størrelsen af godtgørelsen. Som beskrevet i afsnit 2.2.3., kan der fastsættes en godtgørelse svarende til 6 måneders løn, såfremt der er tale om en kortere anciennitet. Endvidere kan godtgørelsens størrelse stige til et beløb svarende til 9 måneders løn, hvis der er tale om en anciennitet på mere end cirka 1 år, og beløbet kan yderligere stige til 12 måneders løn, hvis der foreligger en

[104] Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J., Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven, 2019, s. 504

anciennitet på mere end cirka 6 år. Dette skal dog anses som vejledende, da der, i hver enkelte sag, foretages individuelle vurderinger ud fra sagens omstændigheder.

Følgende belyser instansernes fokuspunkter i de domme, som specialet har valgt at tage udgangspunkt i.

I U.2014.990V, vedrørende en salgsmedarbejder hos Autofin A/S, som var omfattet af handicapbegrebet på opsigelsestidspunktet, lagde både Byretten og Landsretten medarbejderens anciennitet til grund for udmåling af godtgørelsen. Byretten valgte at tildele medarbejderen en godtgørelse på 140.000 kr. Henset til, at Landsretten senere udmålte godtgørelsen til 200.000 kr. svarende til cirka 9 måneders løn, kan det antages, at Byrettens udmåling svarede til en løn på cirka 6 måneder. Ud fra den vejledende praksis vedrørende udmålingen i forhold til ancienniteten, burde medarbejderen, udelukkende grundet sin anciennitet på syv år, være blevet tilkendt en godtgørelse svarende til 12 måneders løn. Hertil kommer, at der kan forekomme formildende eller skærpende omstændigheder, der ændrer godtgørelsens størrelse i op- eller nedadgående retning til trods for ancienniteten. Der bliver dog ikke, hverken i Byretten eller Landsretten, nævnt, at der forelå formildende omstændigheder, der kunne ændre godtgørelsen i nedadgående retning. Landsretten anfører dog, at de, i henhold til sagerne U.2011.1776H samt ADHD-dommen, ikke fandt grundlag for at forhøje godtgørelsen til mere end 9 måneders løn. Det faktum at Autofin A/S ikke var i stand til at godtgøre, hvorfor det var netop den konkrete medarbejder, der blev opsagt frem for en anden sætter lighedstegn til U.2011.1776H, hvor sagsøger, med en anciennitet på to et halvt år, blev tilkendt en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. I denne sag havde arbejdsgiveren ikke ført det fornødne bevis for, at afskedigelsen ikke havde sammenhæng med medarbejderens tilstand. Dette faktum blev lagt til grund ved Landsrettens afgørelse i nærværende sag. Endvidere følger ADHD-dommens godtgørelsesudmåling den beskrevne praksis ud fra de vejledende retningslinjer.

På den baggrund konkluderer specialet, at der i dette tilfælde ikke findes at være sammenhæng mellem Landsrettens henvisning og påstand i forhold til udmålingen, eftersom der, efter specialets analyse, ikke findes at være omstændigheder, der burde føre til anden konklusion, end at de vejledende retningslinjer vedrørende udmåling af godtgørelse burde efterkommes. På den baggrund er det specialets vurdering, at instanserne i denne sag ikke har efterlevet Højesterets retningslinjer efter ADHD-dommen.

I U.2014.1223S, omhandlende en salgsmedarbejder ved DAB, som på opsigelsestidspunktet var omfattet af handicapbegrebet, valgte Sø- og Handelsretten at se på, hvorvidt personen, A, var omfattet af handicapbegrebet. Ved Sø- og Handelsretten afgørelse kom de frem til, at A var omfattet af handicapbegrebet på opsigelsestidspunktet, hvorfor de mente, at DAB ikke havde opfyldt sin pligt til at iværksætte tilpasningsforanstaltninger, da de var bekendte med A's lidelse. Da DAB ikke iværksatte tilpasningsforanstaltninger, blev de anset som værende medskyldige i A's højere sygefravær, hvorfor der forelå direkte forskelsbehandling efter FBL § 2, stk. 1, jf. § 1 stk. 2, eftersom A blev opsagt på baggrund af 120 dages-reglen. Sø- og Handelsretten fastsatte en godtgørelse svarende til 12 måneders løn på baggrund af den direkte forskelsbehandling, de manglende tilpasningsforanstaltninger og ancienniteten. A havde en anciennitet på 10 år, hvorfor det kan konkluderes, at Sø- og Handelsretten, i denne sag, fulgte de vejledende retningslinjer fra LBL samt den retspraksis, som Højesteret fastlagde ved ADHD-dommen.

I U.2015.1H blev seks piloter opsagt på baggrund af deres alder. Sagen begyndte i Ligebehandlingsnævnet, hvor der i sagsfremlæggelsen blev lagt vægt på, at der var sket en indirekte forskelsbehandling på grund af alder. Derudover lagde Ligebehandlingsnævnet vægt på, at SAS ikke kunne sandsynliggøre, at der var en objektiv og rimelig begrundelse for afskedigelserne af piloterne, samt at det var nødvendigt for at opnå et formål. Slutteligt lagde Ligebehandlingsnævnet vægt på piloternes ansættelsesforhold i forbindelse med selve godtgørelsen.

Ved Byrettens dom blev der lagt vægt på det *pensionsberettigede* udvælgelseskriterium som værende et ikke neutralt eller tilsyneladende neutralt kriterium. Endvidere blev der lagt vægt på, at piloterne var blevet behandlet ringere end andre på grund af deres alder, samt at der var sket en direkte og aldersbetinget forskelsbehandling. Byretten lagde også vægt på piloternes anciennitet, afskedigelsens karakter samt piloternes uværdige afslutning. Byretten udmålte en godtgørelse på et beløb svarende til 9 måneders løn.

I Landsretten skete der en ændring i de forhold, der blev lagt vægt på, idet Landsretten, udover den direkte forskelsbehandling af piloterne, yderligere lagde vægt på selve grovheden af overtrædelsen, baggrunden herfor og selve krænkelsen, som piloterne blev udsat for. Landsretten valgte at udmåle en godtgørelse på 300.000 kr.

Da sagen endte i Højesteret, blev der lagt vægt på stort set samme parametre som ved Landsretten, idet de valgte at lægge vægt på grovheden, baggrunden og krænkelsen. Højesteret adskilte sig fra

Landsrettens argumenter, eftersom Højesteret konkluderede, at der var sket forskelsbehandling grundet alder i henhold til FBL § 2, stk. 1, som beskriver forbuddet mod aldersdiskrimination, mens Landsretten var mere specifik i forhold til, at der var tale om direkte forskelsbehandling. Derudover mente Højesteret, at der forelå formildende omstændigheder i forhold til grovheden af overtrædelsen og baggrunden herfor samt udvælgelseskriteriet, som der burde tages hensyn til ved afgørelsen. Højesteret mente, det var nødvendigt at foretage afskedigelserne for at lave en personalereduktion i en nedskæringsrunde, og at udvælgelseskriteriet blev tænkt som værende objektivt begrundet i de sociale hensyn. På den baggrund fandt Højesteret grundlag for at fravige udgangspunktet ifølge retspraksis i nedadgående retning, da der efter sagens omstændigheder indgik formildende omstændigheder, som havde indvirkning på krænkelsens grovhed. Godtgørelsen blev på den baggrund udmålt til et beløb svarende til 4 måneders løn.
Efter ADHD-dommen foreligger der ingen sager, som går under minimumsgrænsen for godtgørelse på 6 måneder før afgørelsen i U.2015.1H. Dette giver et billede af, at der ikke har forelagt formildende omstændigheder i en sådan grad, i tidligere sager, at det kunne påvirke godtgørelsens størrelse i så væsentlig nedadgående retning, at den ville gå uden for retningslinjerne, som fulgte af ADHD-dommen.

Det kan ud fra dette konkluderes, at ingen af de tre retsinstanser fulgte de vejledende retningslinjer i LBL, da piloterne havde anciennitetet på over 18 år, og derfor, ud fra retningslinjerne, burde få en godtgørelse svarende til 12 måneders løn. Denne dom er et klart bevis på, at der kan foreligge særlige omstændigheder i en sag, som kan få sagens udfald til at fravige fra den foreliggende retspraksis.

I den efterfølgende dom, omhandlende stort set de samme problematikker, U.2015.2027H, lagde Byretten vægt på, at de fire piloter var blevet udsat for direkte forskelsbehandling, da de blev opsagt alene på baggrund af deres alder. Ved godtgørelsesudmålingen lagde Byretten yderligere vægt på piloternes alder, sagens grovhed og de personlige og økonomiske konsekvenser, som afskedigelserne havde haft for piloterne. Byretten udmålte på disse baggrunde en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. Landsretten valgte at stadfæste Byrettens dom, da de ikke fandt grundlag for at fravige udfaldet i op- eller nedadgående retning, eftersom genansættelserne af piloterne var driftsmæssigt begrundet og ikke et udtryk for, at SAS havde ændret deres grundlag for afskedigelserne. Både By- og Landsretten gik under de vejledende retningslinjer i LBL, da de udmålte en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, idet der var tale om en anciennitet på cirka 12 år.

Højesteret baserede ikke deres afgørelse på de samme argumenter som By- og Landsretten. Højesteret begrundede deres afgørelse i selve krænkelsen, grovheden af denne og baggrunden for overtrædelsen, hvilket førte til, at Højesteret udmålte en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. Der blev ikke nævnt nogle formildende omstændigheder, som skulle være udslagsgivende for fravigelsen i nedadgående retning, men det faktum, at SAS havde handlet efter deres overenskomst, kan anses som værende en formildende omstændighed. Derved fastholder Højesteret retspraksis i den forstand, at de holder sig over den vejledende minimumsgrænse på 6 måneder, men de afviger fra at udmåle godtgørelsen ud fra piloternes høje anciennitet.

Sø- og Handelsrettens dom, U.2015.2625S, omhandlede en person, der blev opsagt på baggrund af sit handicap, som hun havde fået efter en arbejdsulykke. Sø- og Handelsretten valgte i denne sag at udmåle en godtgørelse på et beløb svarende til 6 måneders løn. Udmålingen blev begrundet i lidelsens karakter, sygdomsforløbet, den indirekte forskelsbehandling der var sket, kommunens manglende tilpasningsforanstaltninger, at handicapbegrebet først kom i 2013 og afslutningsvist personens anciennitet. Dette er endnu et eksempel på, at retningslinjerne fra LBL ikke bliver fulgt, da der i denne sag var tale om en anciennitet på cirka halvandet år, hvilket efter vejledningen ville give en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

I dette speciale findes der to sager, udover U.2015.1H, som går under minimumsgrænsen på 6 måneders godtgørelse. Det er dog kun i sagen fra Ligebehandlingsnævnet, at der også tages forbehold for de formildende omstændigheder, der dog i denne sag bliver omtalt som undskyldende omstændigheder.

Ved godtgørelsesudmålingen i afgørelsen fra Ligebehandlingsnævnet, J. nr. 2015-6810-42818, forelå der undskyldende omstændigheder. Arbejdsgiveren havde fulgt reglementet i den kollektive overenskomst, hvilket blev anset som en undskyldende omstændighed, idet det kan diskuteres, hvorvidt arbejdsgiveren vidste bedre, eftersom han fulgte protokollatet i overenskomsten. Sagens oplysninger, omhandlende arbejdsgivers henvendelse og forslag til den faglige organisation i 2011 samt den følgende afvisning om drøftelse af selv samme forslag, kan antages at danne baggrund for tilkendelse af godtgørelse på trods af arbejdsgivers overholdelse af reglementet i overenskomsten. Udover de undskyldende omstændigheder lagde Ligebehandlingsnævnet kapelmusikerens anciennitet til grund for godtgørelsesudmålingen. Kapelmusikeren havde en anciennitet på mere end 40 år, hvortil den præcise anciennitet dog ikke kendes.

Ligebehandlingsnævnet valgte at udmåle en godtgørelse svarende til 4 måneders løn på baggrund af det ovenstående.

Taget kapelmusikerens anciennitet i betragtning, kunne godtgørelsen anses for værende minimal. Hvorvidt godtgørelsens størrelse er sat til 4 måneders løn på baggrund af den høje løn, som er fulgt med ancienniteten, vides ikke, men dette kunne være en faktor. En anden faktor kunne være, at arbejdsgiveren ikke bevidst handlede i strid med loven.

Ud fra retningslinjerne i LBL, blev godtgørelsen fraveget i nedadgående retning, da der var tale om en godtgørelse på 4 måneders løn. Fravigelsen i nedadgående retning kan begrundes i grovhedens mildere karakter, eftersom arbejdsgiveren antageligt handlede ud fra bedste overbevisning, samt den krænkelse som kapelmusikeren blev udsat for. Krænkelsen i sagen kan antages at være i den mindre ende, da arbejdsgiveren ikke var bevidst om, at der forelå en krænkelse ved afskedigelsen. Det kan ikke antages, at kapelmusikerens anciennitet havde indvirkning på afvigelserne af retningslinjerne i nedadgående retning, eftersom denne var af væsentlig længde.

Der er i denne sag ingen tvivl om, at der er tale om en afvigelse fra de vejledende retningslinjer i LBL, da der er tale om en anciennitet på mere end 40 år, hvilket ville give en godtgørelse svarende til 12 måneders løn ud fra de vejledende retningslinjer.

Til sidst blev der set på Sag B-23-16 fra Østre Landsret, som omhandlede en fleksjobansat, der blev opsagt grundet sit handicap. Dette er den eneste af de syv domme, hvor anklagede bliver frifundet i en af instanserne. Den anklagede virksomhed blev frifundet i Byretten, da de ikke mente, at der forelå en forskelsbehandling, hvorfor opsigelsen ikke var i strid med FBL § 2.
Landsretten valgte dog i denne sag at tildele den fleksjobansatte en godtgørelse, eftersom de var af den opfattelse, at personen var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap. Dette dannede baggrund for, at personen blev tildelt en godtgørelse svarende til 5 til 6 måneders løn. I denne sag ses det ligeledes, at de vejledende retningslinjer i LBL ikke bliver fulgt, da der er tale om en anciennitet på cirka fem år. I sagen bliver der ikke direkte nævnt nogle formildende omstændigheder, men det antages, at virksomhedens nødvendighed for et kompetenceløft har haft indvirkning på sagens udfald i nedadgående retning.

For at besvare problemformuleringens spørgsmål, angående hvad retsinstanserne lægger vægt på ved udmålingen af godtgørelsen, kan det nævnes, at de lægger vægt på ansættelsens varighed,

krænkelsens karakter, grovheden samt baggrunden herfor, krænkelse af ligebehandlingsprincippet, hvorvidt der foreligger direkte eller indirekte forskelsbehandling, manglende tilpasningsforanstaltninger, om personen er omfattet af handicapbegrebet samt de øvrige omstændigheder i sagen.

I forhold til spørgsmålet vedrørende hvorvidt Ligebehandlingsnævnet og retsinstanserne følger de retningslinjer, som foreligger efter LBL § 9 og ADHD-dommen, kan det konkluderes, at svaret er tvetydigt. Det bemærkes, at retsinstanserne tager udgangspunkt i LBL's retningslinjer vedrørende udmåling af godtgørelser, hvortil der ses en praksis for at tilkende godtgørelse svarende til enten 6, 9 eller 12 måneder. I henhold til specialet følger de imidlertid ikke konsekvent de retningslinjer, som forekommer af retspraksis, eftersom der ses eksempler på, at instanserne fraviger udgangspunktet omkring minimumsgrænsen på 6 måneder ud fra retspraksis, som er angivet af Højesteret efter ADHD-dommen.

I U.2015.1H blev der lagt betydelig vægt på, at der var tale om afskedigelser som led i en nedskæringsrunde, hvilket blev anset som værende en formildende omstændighed. Endvidere anså Højesteret det som en formildende omstændighed, at SAS og DPF fastlagde udvælgelseskriteriet for afskedigelserne under en forhandling, som senere blev udarbejdet i en kollektiv aftale mellem parterne. På baggrund af dette fraviger Højesteret minimumsgrænsen ved tilkendelse af en godtgørelse svarende til 4 måneder.

I sagen fra Ligebehandlingsnævnet, J. nr. 2015-6810-42818, bliver der ikke henvist til den foreliggende retspraksis. Der bliver øjensynligt lagt betydelig vægt på den omstændighed, at arbejdsgiveren handlede i overensstemmelse med den gældende overenskomst, eftersom ancienniteten alene ville ikende sagsøger en godtgørelse svarende til 12 måneders løn. Det øvrigt oplyste i sagen specificeres ikke, men Ligebehandlingsnævnet fraviger minimumsgrænsen for godtgørelser i henhold til retspraksis, idet de tilkender sagsøger en godtgørelse svarende til 4 måneders løn.

Det antages, i Sag B-23-16, at Landsretten anså det for en formildende omstændighed, at virksomheden havde brug for et kompetenceløft, grundet væksten i virksomheden. I den forbindelse antages det, at denne omstændighed dannede grundlag for fravigelsen af minimumsgrænsen ved tilkendelse af godtgørelse på 5 til 6 måneders løn.

5. Litteraturliste

5.1. Bøger

Munk-Hansen, C. (2022). Retsvidenskabsteori (3. udg.), Djøf Forlag.

Munk-Hansen, C. (2017) Den juridiske løsning: (1. udg.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, R. (2020). Dansk arbejdsret (4. udg.). Djøf Forlag.

Schwarz, F. & Hjorth-Hartmann, J.J. (2019). Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet: Forskelsbehandlingsloven (2. udg.). Karnov Group Denmark.

Paulsen, J. (1997). Afskedigelse: Genansættelse, godtgørelse og erstatning (1. udg.). Gadjura.

5.2. Internetkilder

Ulfbeck, V. & Vagner, HH. (2022, 1. Februar). Den Store Danske - Lex.dk. Lokaliseret den 8. Marts 2023 på -
https://denstoredanske.lex.dk/godtgørelse

Legal Desk. (2023, 17. Januar). Usaglig Opsigelse. Legaldesk.dk. Lokaliseret den 26. April 2023 på - https://www.legaldesk.dk/erhverv/opsigelse-af-medarbejder/usaglig-opsigelse#:~:text=Usaglig%20opsigelse%20betyder%2C%20at%20man,opsigelse%20skal%20være%20sagligt%20begrundet.

Organisation. (2023, 28. april). Danmarks Domstole. Lokaliseret den 8. maj 2023 på - https://www.domstol.dk/om-os/organisation/?fbclid=IwAR3vydq39qqva8sz7xBr9bFbPG2UaXsEjnwUbhnzqq_fcxOrM1Bfdl7_im8

Om Ligebehandlingsnævnet: Nævnet og sekretariatet. (2020, 17. november). Ankestyrelsen. Lokaliseret den 8. maj 2023 på - https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/om-ligebehandlingsnaevnet

5.3. Lovgivning

Forskelsbehandlingsloven:

Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1001 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

Forskelsbehandlingsloven (historisk):

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

Ligebehandlingsloven:

Lovbekendtgørelse 2011-06-08 nr. 645 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

Funktionærloven:

Lovbekendtgørelse 2017-08-24 nr. 1002 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer

Beskæftigelsesdirektivet

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

Direktivet om etnisk ligebehandling

Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse

5.4. Juridisk litteratur

Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, fra Retsinformationen:

VEJ nr 9118 af 2019-02-04, Vejledning om Forskelsbehandlingsloven

Forslag til ændring af Forskelsbehandlingsloven anno 2008

Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - LFF 2014-11-12 nr. 60

Rådets afgørelse af 26. november 2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder (2010/48/EF)

5.5. Domme og afgørelser

5.5.1 Dansk retspraksis

U.2002.2435/3H af 13. august 2002

U.2011.417H af 2. november 2010

U.2011.1776H af 30. marts 2011

U.2013.2575H af 13. juni 2013

U.2014.990V af 16. december 2013

U.2014.1223S af 31. januar 2014

U.2015.1H af 1. oktober 2014

U.2015.1053S af 22. december 2014

U.2015.2027H af 12. marts 2015

U.2015.2625S af 29. april 2015

Ligebehandlingsnævnets afgørelser J. nr. 2015-6810-42818 af 15. september 2015

Sag B-23-16 af 19. januar 2017

5.5.2. EU-retspraksis

EU-domstolens afgørelse i de forenede sager C-335/2011 (Ring) og C-337/2011 (Skouboe Werge) af 11. april 2013

EU-domstolens afgørelse i sag C-13/05 (Navas) af 11. juli 2006

5.6. Bilag

5.6.1. Bilag 1 - Samarbejdsaftalen

5.6.2. Bilag 2 - Procesafsnit

5.6.3. Bilag 3 - Skærmprint af antal anslag