

- CRI

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

KENDELSE

Afsagt den 24. august 2009

F-19-06

HK Danmark som mandatar for F
(Advokat Jacob Goldschmidt)

mod

Dansk Almennyttigt Boligselskab - DAB
(advokat Christian Emmeluth)

Indledning og påstande

Sagens hovedspørgsmål er, om Dansk Almennyttigt Boligselskab – DAB's opsigelse af F som overassistent hos DAB var i strid med forskelsbehandlingsloven, herunder om opsigelsen kunne ske med henvisning til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2.

HK Danmark som mandatar for F har nedlagt påstand om, at Dansk Almennyttigt Boligselskab - DAB, tilpligtes til F at betale 509.378,60 kr., subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente fra sagens anlæg den 17. maj 2006.

Dansk Almennyttigt Boligselskab – DAB har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end det påstævnte.

HK Danmark som mandatar for F har begæret forelæggelse for EF-domstolen af præjudicielle spørgsmål om anvendelsen og fortolkningen af direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, hvor følgende spørgsmål ønskes stillet:

1. Det følger af præmis 43 i EF-domstolens dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05, at "handicap" i direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000's forstand er "en begrænsning, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet". Begrænsningen anføres bl.a. at kunne være en følge af fysiske, mentale eller psykiske skader. Det følger af præmis 45, at begrænsningen "muligvis skal være af lang varighed".

I relation hertil spørges vedrørende begrebet handicap:

- a. Vil i direktivets forstand enhver, der som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader i forhold til en person uden sådanne skader, over en vis tid ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre arbejde, være omfattet af begrebet handicap.
 - b. Vil en tilstand, der sædvanligvis lægeligt diagnosticeres som sygdom, herunder forbigående sygdom, og som vedvarer over en vis tid, være eller kunne være omfattet af begrebet handicap.
 - c. Påvirker det vurderingen af de under a og b stillede spørgsmål, om der konkret kan anvendes foranstaltninger, der ville muliggøre pågældendes udførelse af arbejdet i begrænset omfang.
 - d. Påvirker det vurderingen af de under a og b stillede spørgsmål, om pågældende frem til et givent tidspunkt, eksempelvis et skadetilfælde, kunne varetage arbejdet.
 - e. Forudsætter begrebet handicap i direktivets forstand, at tilstanden er uhelbredelig.
2. Er det foreneligt med rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 at opsiges en lønmodtager, der har haft fravær fra arbejdspladsen på grund af handicap, således som dette begreb må forstås i direktivet, med et forkortet opsigelsesvarsel, der i henhold til

national lovgivning kan finde anvendelse, når lønmodtageren inden for et tidspunkt af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage?

3. Hvis en lønmodtager i øvrigt anses for kompetent, egnet og disponibel til at udføre en given arbejdsopgave, men pågældende på grund af handicap, således som dette begreb må forstås i direktivet, kun er i stand til at udføre arbejdet i et mindre antal timer end fuld tid, vil arbejde på nedsat tid da være blandt de tilpasninger, der er omfattet af artikel 5 i Rådets direktiv 2000/78/EF?

Dansk Almennyttigt Boligselskab – DAB har modsat sig forelæggelse for EF-domstolen. Såfremt retten måtte imødekomme begæren om forelæggelse, bør der ske ændring af formuleringen af spørgsmål 1a, 1b og 1e, og der ønskes som et supplement til spørgsmål 2 stillet følgende spørgsmål:

”Har det været hensigten med Rådets direktiv 2000/78/EF at stille personer, der lider af et handicap i direktivets forstand bedre end personer, som lider af en sygdom, og som derfor ikke er omfattet af direktivet og, som i henhold til national lov kan afskediges med forkortet varsel?”

Sagen, der i medfør af retsplejelovens § 254 er behandlet i forening med rettens sager F-13-06 og F-45-06, er ved Retten på Frederiksbergs kendelse af 14. juni 2006 henvist til Sø- og Handelsretten i medfør af den dagældende retsplejelovs § 226, stk. 3, jf. stk. 1, nr. 1.

Oplysningerne i sagen

Ansættelse. Arbejdspladsen DAB.

I 1996 blev F ansat i Boligorganisationen Samvirke i Lyngby efter 21 års ansættelse i KAB Bygge og Boligadministration SmbA. Den 1. juli 2000 blev Boligorganisationen Samvirke overtaget af DAB, og Fs ansættelse overgik i den anledning til DAB, med hvem hun indgik ansættelsesaftale den 17. juli 2000. Hendes fremtidige arbejdssted blev Finsensvej 33, 2000 Frederiksberg. Ansættelsesaftalen havde bl.a. følgende bestemmelse:

"...

Sygdom

Hvis du inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har fået løn under sygdom i alt 120 dage, betragtes ansættelsen, dersom selskabet måtte ønske det, som bortfaldet med 1 måneds varsel til den 1. i en måned

..."

I forbindelse med ansættelsen hos DAB blev F omfattet af en gruppelivsforsikring. I forbindelse med forsikringens oprettelse udfyldte F et helbredserklæringskema, hvor hun ved afkrydsning i fire punkter bl.a. erklærede for tiden at være fuldstændig rask og arbejdsdygtig, ikke at have lidt af nogen alvorlig sygdom inden for de sidste 3 år og indenfor samme periode ikke at have været under læge-, kiropraktor- eller fysioterapeutbehandling eller at have været indlagt på sygehus mv.

DAB havde en seniorpolitik, om hvilken det fremgik bl.a.:

"...

Fratrædelsesordninger (seniorpolitik)

Det er DAB's hensigt, at seniormedarbejderne i DAB skal have gode og fleksible muligheder for at tilrettelægge et seniorforløb på en måde, således at dette er til gavn for både seniormedarbejderen og DAB.

... DAB stiller sig således positiv overfor ...fleksible arbejdstider, gradvis tilbagetrækning m.m.

Hvornår er man seniormedarbejder, og hvordan sker planlægningen af seniorforløbet ?

... seniorsamtaler skal påbegyndes senest, når medarbejderen er blevet 50 år.

...

Seniorordningen betyder, at der for den pågældende medarbejder påbegyndes planlægning af seniortilværelsen i DAB. Det kan være, at man har ønske om uddannelse ... med henblik på jobskift i DAB. Det kan være ønsket om nedsat arbejdstid o.s.v. Arbejdstid, løn jobindhold m.m. aftales nærmere som et led i seniorordningen. Såfremt den ønskede seniorordning ikke kan imødekommes begrundes dette overfor medarbejderen. For seniorordninger der indebærer ændret arbejdstid og eller andet jobindhold, vil lønnen som udgangspunkt følge timer og/eller arbejdsopgaver.

...

Forudsætningen for, at den udviklede seniorpolitik bliver en succes er,

at der er åbenhed og accept om den politik der føres. Hermed åbnes der gode muligheder for, at flest mulige medarbejdere i DAB kan få deres ønsker og behov opfyldt i relation til et godt seniorforløb i DAB.

at der er tale om en "vinder-vinder" situation, det vil sige, at både medarbejderen og DAB har gavn af den aftale der træffes.

at DAB's udviklende seniorpolitik naturligvis kan kombineres med de til enhver tid gældende offentlige ordninger.

..."

Analysevirksomheden Oxford Group kortlagde "Danmarks Bedste Arbejdspladser 2003" og indplacerede DAB som nr. 29, bl.a. med følgende begrundelse:

" ...

Social bevidsthed karakteriserer også ledelsen. I DAB bliver der taget hensyn til det enkelte menneskes sociale situation, og der er plads til forskelligheder hos medarbejderne. Arbejdspladsen tilbyder medarbejdere, der af den ene eller anden grund ikke kan varetage et almindeligt job, et fleksjob eller et skånejob. I øjeblikket er det tilfældet for fem medarbejdere.

..."

I et bilag (en e-mail af 29. juni 2006) har personalekonsulent Pia Finner, DAB, givet følgende oplysninger:

" ...

DAB har i alt 184 ansatte, heraf er 24 medarbejdere på deltid og af dem er 4 ansat i fleksjob.

DAB har opsagt 3 medarbejdere pga. 120 sygedage og 5 medarbejdere er ikke opsagt pga. 120 sygedage.

Kriterierne der anvendes i forbindelse med vurdering af opsigelse eller ej ved 120 sygedage er:

- Har gjort en helt særlig indsats for DAB og er derved en merværdi for DAB.
- Livstruende sygdom (f.eks. kræft).
- Har mange point på +/- kontoen - hvis du forstår!!

DAB' s generelle politik er, at medarbejdere der er meget syge, ønsker vi ikke at have ansat, såfremt de ikke opfylder ovennævnte kriterier ..."

Ansættelsesforløbet op til afskedigelsen. Sygemeldinger.

Det fremgår af referatet fra et fællesmøde i DAB den 17. februar 2005, at F havde spurgt, om det var muligt at få "hæve/sænkebord i Boligbutikken", hvilket Jan Birk ville undersøge.

En DAB-medarbejder mailede den 6. juni 2005 til Jan Birk, at F havde Fet for at tale med ham, idet hun sygemeldes "denne uge grundet diskosprolaps", som hun skulle opereres for den 29. juni 2005. Af en mail af 10. juni fra Jan Birk til boligbutikken fremgik, at F også er syg i næste uge [13.-17. juni]. Fs fravær blev dokumenteret ved en lægeerklæF af 23. juni 2005, der om årsagen til fraværet angav "sygdom". F genoptog herefter sit arbejde.

En lægeerklæF af 26. august 2005 dokumenterede fravær på grund af "sygdom" fra den 17. august 2005 og varslede yderligere sygemelding i 2 uger. Af en e-mail, sendt den 2. september 2005, fra Jan Birks efterfølger, Eva Kirketerp, til en medarbejder, Tove Hansen, fremgik, at F, som Eva Kirketerp lige havde talt med, nok ville være sygemeldt til omkF 1. oktober. "Hun er med i et behandlingsforløb på 14 uger, og lige nu resterer der 12 uger. Dvs. at når hun kommer tilbage skal hun til behandling 3 dage om ugen fra kl. 11.30 – 13.30, og det foregår i Skodsborg." Af en e-mail, sendt den 12. september 2005, fra Eva Kirketerp til F Hansen fremgik, at Eva Kirketerp havde talt med F, som skulle behandles mandag, onsdag og fredag på Skodsborg frem til 18. november og tirsdag og torsdag hos fysioterapeut. Hun ville dermed være "deltidssyg" fra 1. oktober. Tilføjet med håndskrift på den fremlagte e-mail-udskrift fremgik: "Talt flex-job med Jan".

Ved DAB's brev af 15. september 2005, underskrevet af Pia Finner, blev F anmodet om at indsende en varighedserklæF. F indsendte herefter en lægeerklæF af 19. september 2005, hvor der om varigheden af uarbejdsdygtigheden var anført 4 uger med tilføjende note: "Vil formentlig kunne overgå til "delvis uarb" om 4 uger, hvor det er den lange stillensidden belastet pts slidte r".

Af en e-mail fra Pia Finner til Eva Kirketerp den 7. oktober 2005 fremgik, at F lige havde Fet og meddelt, at hun sandsynligvis ville være syg længere end til den 17. oktober, "dvs. hun forventes tilbage den 24. oktober 2005. Jeg har bedt hende komme med en lægeerklæF". Af en e-mail den 10. oktober fra Eva Kirketerp til Pia Finner fremgik, at Eva Kirketerp lige havde talt med F: "Nu er hun måske syg til ca. 28. november. Hun vil sende en lægeerklæF i morgen." Af lægeerklæF af 11. oktober 2005 fremgik, at Fs uarbejdsdygtighed skønnedes at vare yderligere 4 uger, og at "delvis uarbejdsdygtighed" alligevel ikke var en mulighed "nu".

I et brev af 15. november 2005 fra DAB (Pia Finner) til F meddelte DAB med henvisning til "dit møde med konstitueret kontorchef Eva Kirketerp den 30. oktober 2006", at Fs ønske om fleksjob ikke kunne imødekommes.

Af en e-mail, sendt den 21. november 2005, fra Pia Finner til Eva Kirketerp fremgik, at F havde Fet, at hun fortsat var sygemeldt, og at hun ville sende en lægeerklæF i dag. Af en lægeerklæF, dateret den 21. november og modtaget af DAB den 23. november 2005, fremgik, at uarbejdsdygtigheden skønnedes at vare 1-2 uger. Der var i erklæFen også afkrydset for "Delvis uarbejdsdygtighed" og anført "Rygbelastende arbejde".

I brev af 23. november 2005 skrev F til DAB's administrerende direktør, Niels Peter Thomsen:

"Som du formentlig er bekendt med, at jeg for øjeblikket sygemeldt fra DAB pga. en dårlig ryg, og har derfor de sidste 3 måneder gået på Skodsborg Rygskole for at få stabiliseret denne. Det er 3 gange om ugen og de sidste 2 dage hver uge har jeg gået til fysioterapi. Rygskolen anbefalede mig fra første dag ikke at gå på arbejde, hvis jeg skulle opnå optimal behandling.

Jeg har svær slidgigt i den nederste del af ryggen. Nærmere betegnet er de sidste 2½ bruskskiver slidt væk. Knoglerne er derfor ved at vokse sammen, og det har næsten helt stivgjort denne del af ryggen. Men med den behandling jeg nu har fået, er jeg igen i god form, men jeg skal selvfølgelig fortsætte med at stabilisere ryggen med hjemmeøvelser og i Skodsborg Vigørcenter. Så kan jeg arbejde mange år endnu, men dog ikke på fuld tid mere.

Den sidste dag Jan Birk var på arbejde, var jeg inde hos ham og fortælle, at jeg havde været til en CT- og efterfølgende en MR-scanning, som viste ovennævnte slidtage. Jeg ville dernæst på opfordring fra lægerne forespørge i kommunen, om jeg kunne blive indstillet til et flexjob, idet Jan sagde, at "det skal vi nok kunne finde ud af".

Undervejs har jeg kontaktet Eva Kirketerp og orienteret hende om forløbet, herunder fortalt hende, hvad Jan havde sagt. Jeg bliver derfor meget chokeret, efter et møde hos Eva den 30. oktober 2005, da jeg den 15. november 2005 modtager et brev fra DAB om, at et flexjob desværre ikke kan imødekommes.

Jeg har været i Samvirke og DAB regi i snart 12 år. Det var hårdt at skulle væk fra Samvirke, men jeg fandt mig hurtigt tilpas på Finsensvej med mange søde kolleger og en god ånd. Jeg har altid passet mit job i Boligbutikken godt, og altid med tilfredse kunder til følge. Og jeg har fået flere breve med tak for god kundebehandling. Da jeg igennem flere år tidligere har siddet med udlejning og desuden 5½ år i Boligbutikken, ved jeg en masse om bebyggelserne og deres specielle regler samt om de generelle love og regler på området. Jeg føler derfor, at jeg har været – og fortsat vil kunne være – et stort plus for DAB og dets kundebehandling.

...

Onsdag den 16. november kontaktede jeg Kirsten Wagner [tillidsrepræsentant] for at høre, om der ikke kunne være andre muligheder end i Boligbutikken. Det blev afslået – man vil kun have mig tilbage på fuld tid, hvad lægerne forbyder mig. Jeg foreslog, at jeg fx kunne sidde i Specialgruppen, hvor der er et tomt skrivebord og der hjælpe fx udlejningen, ved vakancer i Boligbutikken eller i Specialgruppen.

Der er masser af energi i mig endnu, og jeg er derfor meget ked af, hvis der ikke kan skaffes en plads til mig. Håber med dette at der alligevel kan åbnes en dør for mig."

I en e-mail, ligeledes af 23. november 2005, skrev Niels Peter Thomsen til F:

"Kære F

Tak for dit brev. Jeg forstår godt dit ønske om flexjob, men ressourcerne skal jo gå op også set fra virksomhedens side, og det har jeg forstået det ikke gør hvis vi sagde ja til dit ønske. Jeg kan huske at vi for nogle år siden sagde ja til nedsat arbejdstid til nogle medarbejdere i Beboerservice, men vi gjorde det først et par år efter det første ønske var rejst, da en flæthed af ønsker tilsammen kunne få ressourcetsituationen til at hænge sammen. Jeg har derfor i dag med beklagelse underskrevet din opsigelse. Jeg håber du finder et andet arbejde, hvor dine kræfter passer sammen med arbejdets karakter."

F blev herefter opsagt ved DAB's brev af 24. november 2005 med henvisning til, at "du indenfor 12 måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage."

Efter afskedigelsen

Umiddelbart efter afskedigelsen havde DAB i en annonce opslået en ledig stilling som kontorassistent på deltid (22 timer) i DAB's regionalkontor i Lyngby. I annoncen efterspurgtes bl.a. "relevant arbejdsmæssig erfaring fra en lignende stilling". Stillingen bestod bl.a. i at "eksperedere kunder ved skranken og i telefonen", "udfærdige boligtilbud, kontrakter m.m.", "bogføre bilag", "varetage andet forefaldende arbejde" og "deltage i løsning af diverse ad hoc opgaver." Ansøgningsfristen var den 15. december 2005, og tiltrædelse skulle ske "hurtigst muligt og senest den 1. februar 2006".

Den 1. februar 2006 tiltrådte F en stilling som receptionist i ADRA Danmark med "fast ansættelse på fuld tid under flexjob ordningen – godkendt til 50 % refusion. Den ugentlige arbejdstid er derfor 20 timer om ugen." Arbejdstiden var "normalt" placeret fra 9.00 til 14.00 mandag – torsdag, med "mulighed for flextid efter aftale med ledelsen". Af Søllerød kommunes "Bevilling af løntilskud til flexjob" fremgik vedr. "Særlige aftaler for ansættelsen", at "der skal være mulighed for, at F kan aflaste sin ryg med varierende arbejdsstillinger". Der er fremlagt fotos af Fs arbejdsplads, som parterne er enige om at betegne som en almindelig arbejdsplads med computer, stol og hæve-/sænkebord.

Ressourceprofil

Af ressourceprofil for F udarbejdet af Søllerød Kommune fremgår følgende:

" ...

ARBEJDSMARKEDSERFAR:

1968-1978: ansat som kontorassistent på fuld tid i boligselskabet KAB. Sagde selv op, da hun ønskede nye udfordringer.

1978-1984: Ansat på fuld tid som sekretær i firmaet Bisballe Planlægning. Sagde selv op på grund af for meget overarbejde.

1984-1994: Ansat som overassistent ved KAB på deltid, arbejdede 4 dage om ugen. Sagde selv op, da hun ønskede nye udfordringer.

1994 -, hvor hun fortsat er ansat på fuld tid ved boligselskabet DAB på Frederiksberg.

Var i starten ansat på deltid, men i 2003 gik klienten på fuld tid, idet hun blev skilt og økonomien blev lidt stram.

Klientens arbejdsopgaver er følgende: Skrive breve og tage telefonen i forbindelse med at folk skrives op til lejligheder. Hun betjener kunder i boligbutikken. Der er en kassefunktion, idet kunderne kan betale huslejen kontant. En uge af gangen har hun EDB-vagten, d.v.s. at hun besvarer de 250-300 mails som indgår pr. uge vedrørende bolig-

spørgsmål.

Klienten oplyser, at familien har rengøFshjælp hver 14. dag med 4 timer. Det er ægtefællen der støvsuger, vasker gulv, køber ind m.m. Familien har opvaskemaskine, som klienten betjener og hun vasker også tøj og laver mad (men kan ikke stå op i flere timer) ...

Klienten oplyser, at hun i løbet af arbejdsdagen laver lidt øvelser for ryggen og arm. Arbejdspladsen er ikke indrettet med hæve-sænkebord, så klienten må gå nogle ærinde for at få varierende arbejdsstillinger. Har for kort tid siden fået en headset telefon. Klienten står meget op, når hun arbejder.

Hvis hun kommer til at lave for meget derhjemme får hun mere ondt og må derefter ned og ligge og hvile sig i nogle timer.

311005 PJ: Jeg skønner, at klientens arbejdsevne er varigt nedsat og at hun fremover vil kunne arbejde 18-20 timer om ugen under forudsætning af, at hun får de nødvendige arbejdsredskaber/hjælpemidler som et hævesænkebord og en specielt indrettet kontorstol ...

Forventer at afslutte vores rygskole den 18.11.2005. Klienten forventer at kunne genoptage sit arbejde delvist, når genoptræningen på rygskolen er slut, hvorefter hun vil vedligeholde træningen i vigørcentret på de dage, hvor hun ikke arbejder. ...

VurdeF af ressourcer, barrierer og udviklingsmuligheder i forhold til arbejdsmarkedet:

Jeg vurderer, at det er en ressource, at F har haft en lang og stabil tilknytning til arbejdsmarkedet siden 1985 ... Det er også en ressource, at F har en stor viden indenfor boligområdet og har taget diverse efteruddannelseskurser ...

Jeg vurderer, at Fs barrierer udelukkende er af helbredsmæssig karakter ...

Jeg vurderer, at en udviklingsmulighed kunne være, at arbejdspladsen indrettes med de nødvendige hjælpemidler (arbejdsredskaber), og at F fremover arbejder på nedsat tid. ...

Helbredsmæssige forhold i relation til arbejdsmarkedet: (Helbred).

Beskrivelse:

120805: Klienten beskriver, at hun har stærke smerter i ryggen på grund af svær slidgigt i ryggen og smerterne trækker ned i højre ben. Hun kan sidde 30 minutter ad gangen, så skal hun op at stå. Hun bruger efter behov et hoftebælte til at støtte ryggen med. Hun tager Somadril som er muskelafslappende og 4-6 panodiler efter behov. Desuden får hun massage på arbejdet 15 minutter hver 14 dag ...

051005 PJ: Klienten beskriver, at hun er blevet CT-scannet og MR-scannet, har fortsat mange smerter, ikke så konstante efter at hun er begyndt på rygskolen og efter at hun måtte sygemelde sig fra den 170805. Har fået at vide af lægen på hospitalet, at en eventuel operation ikke er mulig, da brusken er forsvundet og væv og knogler er begyndt at vokse sammen, da hun har gået for længe med lidelsen, hvorfor det ikke er muligt at indsætte en stålplade i ryggen for stivgørelse af denne. Klienten har fået oplyst, at sammenvoksningen vil bevirke, at ryggen eventuelt på længere sigt bliver stiv af sig selv.

Klienten fortsætter sin træning på rygskolen, har ikke fået det meget bedre, og der er øvelser, som hun ikke kan deltage i. Rygskolen har frarådet hende i at genoptage arbejdet delvist fra den 10.10.05., hvor den nuværende sygemelding udløber, da hun kan risikere at få flere smerter igen ...

311005 PJ: Jeg skønner, at klientens arbejdsevne er varigt nedsat i alle former for jobs. Hun vil have de samme rygsmerter uanset, hvad hun skal arbejde med. Behandlingsmulighederne skønnes udtømte (hendes smerter kan kun lindres med smertestillende medicin).

Jeg kan ikke pege på noget lettere eller et mere skånsomt arbejde end det arbejde, som klienten har, hvor hun kan variere sine arbejdsstillinger i løbet af dagen.

Jeg skønner ikke, at klienten kan revalideres ud af sine helbredsmæssige problemer. Det kan være at ryggen stivgør sig selv i løbet af en periode, men der er ingen der ved eller kan forudsige noget om, at rygsmerterne derved aftager? ...

Borgerens eget arbejdsmarkedsperspektiv: ...

201005 PJ

ARBEJDSRELEVANTE ØNSKER: Er meget glad for sit nuværende arbejde (boligområdet) Glad for kundekontakten og det sociale samvær på arbejdspladsen. Vil gerne bevare sit arbejde, men på nedsat tid og ved hjælp af et hævesænkebord og en speciel stol ..."

På grundlag af Søllerød Kommunes ressourceprofil blev F efter samråd den 10. november 2005 indstillet til "RevalideF og fleksjob" på grund af "varig nedsat arbejdsevne".

Lægelige oplysninger

Af en erklæF af 31. august 2006 fra Skodsborg Fysioterapi fremgår, at F har deltaget på Rygskolen fra den 24. august 2005 til den 14. november 2005, og at man i starten "frarådede F at arbejde, da det ville forFe virkningen af forløbet. Denne vurdeF blev taget op løbende, hvor vi ikke fandt grund til at ændre vores anbefaling, selvom F ønskede at genoptage arbejdet på nedsat tid."

Af lægejournal fra Neurologisk Ambulatorium, Amtssygehuset i Glostrup, fremgår følgende:

"... 30.06.05 ...

Aktuelle:

Pt. har især i det sidste år haft konstante lænderygsmarter. Får meget ondt når hun går og står, men har stort set ondt hele tiden. Smerterne sidder lavt i lænden og stråler dif-fust ned i højre ben. ... Der foreligger en CT-scanning fra Gentofte sygehus af de 5 nederste niveauer af columna lumbalis. Der er kun aksiale snit af de 3 nederste niveauer. Der er randosteofytdannelser ud for de 2 nederste disci med lidt snævre pladsforhold i rodkanalerne på højre side.

Der er markant diskus degeneration af de 2 nederste disci.

...

Konklusion:

Jeg mener at pt. muligvis kan have gavn af rodfrilægning på de 2 nederste niveauer på højre side men da pt. direkte adspurgt siger at hendes lænderygsmarter er langt værre end bensmerterne mener jeg, at man bør overveje dese fra L4 til S1 ..."

Af et brev af 22. juli 2005 fra 1. reservelæge Per RoCHAT til F fremgik:

"Jeg har diskuteret din skanning og sygehistorie med overlæge, Carsten Juul Nielsen, her på neurokirurgisk afdeling. Vi synes faktisk ved gennemsyn af billederne, at der er rimelig god plads til nerverødderne nederst i lænden på højre side. Du har meget svære slidgigtforandrer mellem 4 og 5. lændehvirvel, og mellem 5. lændehvirvel og korsbenet. Det forholder sig dog sådan, at dine hvirvler snart er fusioneret spontant, hvorfor vi ikke finder, at der vil være grund til at tilbyde dig en stivgørende operation, da du næsten allerede har opnået dette uden operation. Der er således god grund til at du har mange lændesmerter, men forhåbentlig vil de blive bedre, hvis hvirvlerne fusionerer helt.

Vi har således ikke noget aktuelt vi kan tilbyde dig. Jeg har derfor tilladt mig at afslutte dig fra vores ambulatorium."

I en journal af 25. oktober 2005 fra lægekonsulent Jørgen Kappelgaard fremgår om F bl.a., at "Erhvervsevnen i ikke rygbelastende job må skønnes nedsat, men graden heraf er vanskelig at vurdere".

I "statusattest" af 19. oktober 2005 fra 1. reservelæge Per RoCHAT, neurokirurgisk afdeling, Amtssygehuset i Glostrup, er anført følgende:

"...

Hendes prognose for at kunne vende tilbage til arbejdsmarkedet på fuld tid om det drejer sig om en varig nedsættelse af hendes arbejdsevne i alle jobs kan ikke vurderes ved en statusattest. Umiddelbart har vi ikke nogle yderligere behandlingstilbud til pt. En mere fyldestgørende beskrivelse af pt.'s arbejdssituation og evt. mulighed for flex-job etc. kan bedre vurderes, hvis der udfærdiges egentlig speciallægeerklæF."

Indretningen af Fs arbejdsplads i DAB's boligbutik

Der er til sagen fremlagt en fotoserie, visende indretningen af DAB's boligbutik. Boligbutikken havde fem arbejdspladser, hvoraf den ene var Fs. Arbejdspladserne fremstod for publikum som fem ens skrankeindretninger på sokkel. Fs plads var den, der var nærmest publikums indgangsdør. Arbejdspladsen bag skranken var opbygget af sammensatte kontormøbelementer i en vinkel og var udstyret bl.a. med kontorstol, computer og løse reolskabe til Fbind mv. En sF arbejdsplads, længst væk fra indgangsdøren, var indrettet uden sokkel til brug for publikums Dankort-betalinger. Afstanden fra skranken og til bagvæggen var på denne arbejdsplads ca. 70 cm, og der var ikke mulighed for siddende arbejde. Arbejdspladsen er oprettet efter Fs fratræden.

DAB har fremlagt et budgetoverslag af 3. september 2008 vedr. ændF af boligbutikken med "en modtageskranke og nogle arbejdspladser bagved, så pågældende medarbejder kan rejse sig og komme frem til kunden." Inkl. bl.a. "fjerne gammelt gulvtæppe og nyt på" (ca.187.000 kr.) og "hæve/sænkeborde" (ca.60.000 kr.) var omkostningerne samlet skønnet til "ca.305.000 kr. (+ en sjat)."

ForklaFer

F har forklaret, at beskrivelsen af hendes arbejdsmarkedserfaF i Søllerød Kommunes resourceprofil den 6. oktober 2005 er rigtig. Dog var det i 1996, at hun blev ansat i Boligorganisationen Samvirke, som ved fusionen med DAB i 2000 blev en del af DAB's regionalkontor i Lyngby.

Hun havde ikke haft sygefravær pga. ryggen før 2005. Når hun havde ondt, gik hun ikke rundt og fortalte alle og enhver herom, men tog i stedet en smertestillende pille.

Hun havde i forskellige sammenhænge talt med Jan Birk om hæve-sænkeborde, bl.a. i forbindelse med mus-samtaler. Hun talte også med andre i huset, som havde hæve-sænkeborde, og syntes, at det var underligt, at de ikke også kunne få disse borde i boligbutikken. Det var i foråret 2005, at hun begyndte at tage dette emne op med Jan Birk, der i starten svarede, at det kunne han ikke sige noget om, og senere, at der ikke var muligheder her og nu, da det var dyrt at lave om.

Der var ikke deltidsansatte i boligbutikken. Der havde på et tidspunkt været en barselsvikar, som efter de første 3 måneder kun skulle arbejde 20 timer. Det endte dog med, at hun sagde op.

Under sin sygemelding blev hun frarådet at arbejde, selvom hun gerne ville.

Den 31. august 2005 havde hun et møde med Jan Birk om hans holdning til, at hun fik et fleksjob, idet hun havde en fornemmelse af, at det kunne ende sådan. Jan Birk virkede fraværende, sikkert fordi han var på vej på orlov. Hans bemærkning var: "Vi må se på det".

Den 30. oktober 2005, hvor hun havde en samtale med Eva Kirketerp, havde hun fået at vide fra kommunen, at hun formentligt ville få tilsagn om et fleksjob, men hun havde endnu ikke papir på det. Hun sagde til Eva Kirketerp, at hun ikke kunne komme tilbage på fuld tid, men håbede på et fleksjob. Eva Kirketerp kendte ikke så meget til fleksjob-ordningen, men ville gå videre til Pia Finner om spørgsmålet.

Tillidsrepræsentanten, Kirsten Wagner bragte spørgsmålet om et sekretærjob med hæve-sænkebord på tale, men i hvert fald fra den 17. november var det kun en mulighed med deltidsarbejde. Hun ville helst fortsat arbejde i boligbutikken, men et sekretærjob, som hun havde prøvet før, ville også være i orden. Hun havde ikke møder med Pia Finner herom.

Den 21. november 2005 Fede hun til Eva Kirketerp, som ikke var at træffe, og hun talte i stedet med Pia Finner, hvem hun fortalte, at hun nu var færdig med rygsolen, og at den eneste mulighed var et fleksjob. Pia Finner sagde hertil, at det kunne der ikke blive tale om, og at

hun skulle møde på mandag på fuld tid, hvortil hun svarede, at det kunne hun ikke klare. Pia Finner bad hende herefter om at indsende en lægeerklæF.

DAB havde ikke varslet, at man ville bruge 120 dages reglen, og opsigelsen kom som et chok for hende.

Da hun skrev til DAB's direktion den 23. november 2005, kendte hun ikke til DAB's stillingsopslag vedr. en deltidsstilling i regionalkontoret i Lyngby. Det var samme sted, som hun havde arbejdet før i tiden, og de ejendomme, som arbejdet vedrørte, var fuldstændig de samme som tidligere. Ved at gennemgå de enkelte arbejdsopgaver, som fremgår af annoncen, kan det konkluderes, at de helt svarer til dem, som hun bestred i forvejen eller tidligere havde bestridt. Da hun tilfældigt så annoncen i Det Grønne Område, tænkte hun, "det er løgn – den passer jo lige til mig". I hendes ansættelsesaftale stod, at hendes arbejdssted enten skulle være på Frederiksberg eller på DAB's lokalkontor.

Hun fik flexjobbet hos ADRA via kommunen. Hun arbejder 4 dage á 5 timer om ugen og har fri fredag. Hun har haft en enkelt sygedag på grund af feber siden starten hos ADRA den 1. februar 2006. Hun har stadig smerter, der trækker ned i benet. Men det fungerer fint på arbejdet. Alle hjælper hinanden, og hun har hæve-sænkebord og kan rejse sig fra sin arbejdsplads og gå rundt.

Hun kan ikke i dag huske at have underskrevet en helbredserklæF i forbindelse med sin ansættelse hos DAB.

Det var hendes læge, der fik idéen, og sammen med hende selv tog initiativet til, at hun kunne få flexjob. Da sagsbehandleren i kommunen foreslog hende at starte med rygscole, slog hun til og gik i gang dagen efter.

Pia Jeppesen (tidligere Pia Finner) har forklaret, at hun var personalekonsulent hos DAB i efteråret 2005, og at hun nu er personalechef. Hun hørte første gang om Fs rygproblemer den 30. oktober 2005, hvor F havde en samtale med Eva Kirketerp. Hun deltog ikke i drøftelserne

om oprettelse af et fleksjob til F. Kirsten Wagner havde fortalt vidnet, at F til hende havde sagt, at hun kun kunne vende tilbage i et fleksjob. Vidnet Fede i den anledning til F og sagde, at enten måtte F komme tilbage på fuld tid, eller også måtte hun sende en lægeerklæF. DAB blev ikke kontaktet af kommunen om spørgsmålet. Det er DAB's direktion, der tager stilling til spørgsmålet om oprettelse af flexjobs, hvilket F måtte være klar over.

Det har været undersøgt, om der kan etableres hæve-sænkeborde i boligbutikken, men det kan ikke lade sig gøre, fordi de eksisterende borde er bygget sammen med skranken. Det er vidnets umiddelbare opfattelse, at det ikke ville være en løsning for F at lægge en plade oven på reolen, da det ville lukke af for indgangspartiet. Man kunne godt fysisk have omplaceret medarbejderne i Boligbutikken, men det ville have skabt uro. Folk har deres faste pladser.

Stillingsannoncen vedrørende den ledige deltidsstilling i Regionalkontoret i Lyngby blev indrykket umiddelbart efter, at F blev sagt op. F ville godt kunne bestride dette job, som er et sekretærjob.

Jan Birk har forklaret, at han i 2005 var afdelingschef hos DAB og bl.a. ansvarlig for Boligbutikken. Han gik på orlov den 31. august 2005. Han havde dagligt kontakt med F.

Han havde et kort møde med F den 31. august 2005. F bragte spørgsmålet om fleksjob på tale, hvortil vidnet sagde, at "det må vi kigge på, men det er direktionen, der træffer afgørelse herom." Vidnet husker ikke, om de også talte om hæve-sænkebord, men dette havde F spurgt til under et fællesmøde tidligere. DAB var begyndt at skifte til hæve-sænkeborde i andre afdelinger. Det var vidnet, som F skulle tale med, hvis emnet var hæve-sænkebord.

DAB havde en flad organisation. Det var en husarkitekt, som tog sig af indretning af kontorer.

Eva Kirketerp har forklaret, at hun tiltrådte som konstitueret kontorchef i DAB den 1. september 2005. Hun hørte første gang om Fs rygproblemer, da F Fede og meldte sig syg den 2. eller 3. september. Når hun pr. mail orienterede Tove Hansen om Fs sygemeldinger, var det,

fordi Tove Hansen var daglig leder i boligbutikken. Det er vidnets håndskrift på e-mail-udskriften fra den 12. september. Hun havde talt med Jan Birk om emnet fleksjob, men hun husker ikke nærmere om samtalen i dag.

Den 30. oktober 2005 havde hun et møde med F, som ønskede et fleksjob med arbejde mandag, onsdag og fredag. Vidnet kendte i øvrigt ikke rigtigt til fleksjob-ordningen, og hun havde ikke selv kompetence til at tage stilling hertil.

Hun havde en telefonsamtale med F den 21. november 2005, men hun husker ikke, hvad de talte om.

Hun havde på et tidspunkt en samtale med Pia Finner og Kirsten Wagner om fleksjob til F. Det ville ikke passe DAB ret godt, idet DAB så skulle finde en medarbejder til de sidste 2 dage. Der var ansat en vikar, mens F var sygemeldt. De spurgte ikke vikaren, om hun var interesseret i en deltidsstilling. Vidnet var ikke involveret i drøftelser om placeF af F andre steder end i boligbutikken.

Kirsten Wagner har forklaret, at hun i mange år har været tillidsrepræsentant i DAB. Det var hun også i 2005. Vidnet fulgte Fs sag. Første gang, hun hørte om rygproblemerne, var i forbindelse med, at F i foråret 2005 skulle opereres for en diskusprolaps. Formentligt i starten af november 2005 drøftede hun telefonisk muligheden for et andet stillingsindhold med F, der gav udtryk for, at hun gerne ville kunne skifte mellem at sidde og stå. Vidnet foreslog en sekretærfunktion i en forvaltningsgruppe, hvilket F sagde nej tak til. Vidnet husker ikke, om fleksjob blev drøftet ved den lejlighed. En fredag Fede vidnet til F og sagde i samtalen, at de jo sås på mandag, hvortil F sagde, at det gjorde de ikke, hvis hun ikke kunne tiltræde et fleksjob. Vidnet tog initiativ til et møde med Fs chef og personalechefen, men der blev sagt nej til Fs ønsker. F var ikke inviteret til mødet.

Parternes synspunkter

HK Danmark som mandatar for F har indledningsvis anført, at forskelsbehandlingslovens formål er at beskytte ansatte, der er omfattet af loven, mod diskrimination og sikre deres forbliven på arbejdsmarkedet. Lægges det til grund, at en ansat er handicappet i lovens forstand, skal der findes egnede kompensationsforanstaltninger. Loven er en særlov mod diskrimination, som giver en ret til passende foranstaltninger. Fejler arbejdsgiveren på dette punkt, udløses en godtgørelse til den ansatte. Personkredsen, der er omfattet af loven, er alle, der har en funktionsnedsættelse, der udløser et kompensationsbehov. Det skal med andre ord først fastslås, om personen har et handicap; derefter skal spørgsmålet om kompensationsmulig heder vurderes. De to domme fra Vestre Landsret, B-2722-06, afsagt den 1. oktober 2007, og UfR 2008.306V, er derfor forkerte i deres argumentation. Der henvises herom til Mogens Wiederholt i Juristen, nr. 7, 2008, side 205 ff. Der henvises endvidere til Sø- og Handelsrettens dom af 2. april 2009 i sagen F-26-07.

Som det fremgår af EF-domstolens dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05 (Navas) præmis 44, skal der sondres mellem "sygdom" og "handicap". Ved anvendelsen af forskelsbehandlingsloven skal der derfor ske en afgrænsning i forhold til dem, der er ramt af sygdom. Om betegnelserne "handicap" og "funktionsnedsættelse" henvises til De Forenede Nationers Standardregler om "Lige muligheder for handicappede" fra 1994, som indgik som forarbejder til direktivet, pkt. 17-20. Handicapbegrebet skal ses relativistisk i forhold til kompensationsbehovet. Der findes ingen "stige-definition". Der henvises yderligere til tillægsprotokollen for FN's konvention om rettigheder for personer med handicap, præambel pkt. e), som omtaler handicap som et begreb under udvikling – og som et resultat af "samspejlet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre." En rent medicinsk forståelse af handicapbegrebet savner enhver støtte.

Det bestrides, at 120-dages reglen, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2, kan finde anvendelse. Fravær, der er relateret til et handicap, kan ikke tælle med i opgørelsen af de 120 dage. Da DAB i brevet den 15. november 2005 gav F afslag på hendes ønske om et fleksjob, vidste DAB, at hun ikke længere kunne arbejde på fuld tid. Havde DAB gjort, hvad man skulle, havde F fortsat været ansat. DAB var således med til at opretholde Fs sygefravær. F ønskede at kom-

me tilbage til sin arbejdsplads, så hurtigt hun kunne. I stedet for at foretage en vurderelse talte DAB blot til 120. Opsigelsen var således ikke saglig, og F har derfor krav på yderligere 2 måneders løn, idet hun fik nyt arbejde pr. 1. februar 2006. Opsigelsen var endvidere diskriminerende, hvilket yderligere illustreres ved, at DAB ikke bruger 120-dages reglen konsekvent. Det er ikke en holdbar argumentation at henvise til, at F blot er blevet behandlet på samme måde som andre syge. Forskelsbehandlingsloven er i forhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, *lex specialis* og giver derfor også *lex specialis*-rettigheder.

Der er ikke tvivl om, at F i direktivets forstand var kompetent og egnet. Hun var endvidere disponibel, hvilket er underbygget ved, at hun den 1. februar 2006 tiltrådte og siden da har bestridt en ny stilling med et stort set identisk arbejdsindhold.

At F havde en funktionsnedsættelse, er allerede dokumenteret ved, at hun fik bevilget et fleksjob. Et sådant hænger ikke på træerne. HK Danmark har valgt ikke at efterkomme DAB's opfordring til at indhente en speciallægeerklæring, idet det er HK's opfattelse, at denne ikke ville bidrage med andet og mere, end de foreliggende lægelige oplysninger allerede siger. Søllerød kommunes ressourceprofil er utvetydig (side 6): "Fs arbejdsevne skønnes varigt nedsat i alle jobs".

Det er endvidere klart, at F med sit handicap havde et kompensationsbehov. Ved vurderelse af spørgsmålet om, hvorvidt en relevant foranstaltning må anses for urimeligt byrdefuld for arbejdsgiveren, skal det tages i betragtning, om offentlige foranstaltninger letter byrden, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. DAB spurgte ikke kommunen, hvilke muligheder der kunne være for støtte. Det må, når det skal vurderes, om de muligheder, som DAB havde for at kompensere F med fleksjobtilsagnet, skulle være for byrdefulde, være en forudsætning, at man har foretaget nogle undersøgelser, f.eks. spurgt vikaren for F, om denne kunne være interesseret i at arbejde på deltid. DAB havde ingen dialog med F om andre ordninger, f.eks. om hun kunne tænkes at ville arbejde kun to dage om ugen. F forsøgte selv at komme i dialog. Den stilling, som man havde på regionskontoret i Lyngby, passede til F og svarede i realiteten til den stilling, hun tidligere havde bestridt. I relation til § 2B-godtgørelse skal ar-

bejdsgiveren i en sådan situation spørge den ansatte og høre svaret. Tilsvarende burde man i det foreliggende tilfælde have spurgt F, hvordan hun forholdt sig til den ledige stilling.

Der er ikke grundlag for på forhånd at afvise, at nedsat tid kan være en relevant kompensationsforanstaltning, som arbejdsgiveren må iværksætte. De to domme fra Vestre Landsret har, hvis de skal forstås på denne måde, ingen støtte nogen steder. Direktivets betragtning 20 opregner kun nogle eksempler, og der kan derfor ikke sluttes modsætningsvis.

Der var gode muligheder for at indrette Fs arbejdsplads på en sådan måde, at Fs rygproblemer blev afhjulpnet. F havde behov for variation i sine arbejdsstillinger. Dette kunne have været tilgodeset på forskellige måder, f.eks. ved at montere en plade på hendes reol, så hun også kunne stå op og arbejde. Det ville ikke forhindre passage forbi pladen. Det bestrides, at man ikke kunne have fået hæve-sænkebord i boligbutikken. Der foreligger ingen oplysninger om arbejdspladsvurder. DAB's bilag om omkostningerne ved en omlægning må betegnes som et "selvmål". Søllerød kommune havde, når det tages i betragtning, hvad kommunen herved kunne spare, givetvis uden videre bevilget de relativt få midler, som havde været nødvendige for at indrette Fs arbejdsplads tilstrækkeligt praktisk. Da DAB meddelte F afslag på fleksjob, og da man senere opsagde hende, var man fuldt ud orienteret om hendes gener og klar over, hvad der skulle til for at afhjælpe disse. F gjorde, hvad hun kunne, herunder at skrive til den administrerende direktør, for at gøre de relevante personer opmærksom på hendes situation. Allerede fordi DAB ikke på eget initiativ undersøgte, hvilke muligheder der kunne være for at kompensere F, har DAB ikke løftet bevisbyrden efter forskelsbehandlingslovens § 2a.

Fs forløb skal i det hele ses i lyset af, at man hos DAB havde en seniorpolitik og gjorde meget ud af sin profil som en fleksibel og social arbejdsplads med tilbud om skåne- og fleksjob.

Under hensyn til den tid, hvor F havde været ansat hos DAB, må en godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven udmåles til 12 måneders løn.

Som udgangspunkt er en opsigelse efter 120-dages reglen saglig, jf. UfR 2002.2626H. I det foreliggende tilfælde er det imidlertid evident, at opsigelsen ikke er saglig. F var klar til stillingen i Lyngby, men blev i stedet opsagt. Situationen skal, som anført, subsummeres under forskelsbehandlingsloven, men hvis retten måtte finde, at 120-dages reglen finder anvendelse over for handicappede personer, er der grundlag for en godtgørelse efter funktionærlovens § 2B, som efter ansættelsesforholdets længde bør udmåles til 3 måneders løn.

Der er ikke grundlag for at bestemme forrentning fra et senere tidspunkt end sagens anlæg.

Dansk Almennyttigt Boligselskab - DAB har anført, at brug af funktionærlovens § 5, stk. 2, i forbindelse med Fs opsigelse ikke strider mod beskæftigelsesdirektivet. F er ikke blevet diskrimineret, idet hun er blevet behandlet på samme måde som andre syge. Der er i forarbejderne til ændringen af forskelsbehandlingsloven ikke udtalt noget om nogen modstrid mellem funktionærlovens § 5, stk. 2, og direktivet, og det må derfor antages, at lovgivers holdning har været, at opsigelse kan finde sted. Hvis det modsatte antages, vil det skabe store problemer. Hvordan skal det eksempelvis vurderes, hvis en handicappet person afskediges efter 120-dages reglen på grund af en virussygdom?

Det er op til F at bevise, at hun har et handicap, som begrebet efter praksis skal forstås efter forskelsbehandlingsloven. Først hvis denne bevisbyrde løftes, kommer man ind i forskelsbehandlingslovens § 7a om delt bevisbyrde. I Glostrup Amtsygehus' brev af 22. juli 2005 til F tales om, at lændesmerterne "forhåbentlig bliver bedre". I lægeskønnet den 28. oktober 2005 (bilag 28) tales om, at graden af den nedsatte erhvervsevne er "vanskelig at vurdere". I statusattest af 19. oktober 2005 efterlyses en "egentlig speciallægeerklæring". Trods opfordret hertil under sagen har HK undladt at tilvejebringe en sådan erklæring. F kan ikke huske at have underskrevet helbredserklæringen til brug for gruppelevsaftalen. De foreliggende lægeerklæringer vedr. Fs sygdommer taler om "sygdom". Der må også henvises til side 6 i Fs ressourcprofil, hvor det fremgår, at det ikke kan peges på "et mere skånsomt arbejde" end det arbejde, som F har. Det gøres på den baggrund gældende, at det ikke er godtgjort, at F havde et handicap, mens hun var ansat hos DAB. Jo mere "uldne", de medicinske oplysninger er, des tungere er bevisbyrden at løfte. Under alle omstændigheder er problemerne først opstået

i 2005, og F gik, som hun selv forklarede, stille med dørene. Så det er et spørgsmål, hvor meget man hos DAB kendte til, at hun evt. havde et handicap. F har peget på nedsat tid som sit kompensationsbehov. Men i et sådant tilfælde følger det af Vestre Landsrets to domme, jf. dom af 1. oktober 2007 i sag B-2722-06 og UfR 2008.306V, at der ikke er tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

F blev ikke afskediget på grund af et handicap, men på grund af fravær. Der må være lighedstegn mellem kompensationsbehovet og afhjælpningsforpligtelsen. Fs kompensationsbehov hævdes at være deltidsansættelse, og de to Vestre Landsretsdomme kan læses på den måde, at deltid ikke kan være en foranstaltning, som arbejdsgiveren skal tilbyde. Det havde været snublende nærliggende at skrive det direkte blandt eksemplerne i betragtning 20 til direktivet, hvis også deltid skulle være en mulig afhjælpningsforanstaltning, og det gøres derfor gældende, at der må sluttes modsætningsvis. Det ville i øvrigt ikke ressourcemæssigt hænge sammen, hvis boligbutikken skulle indrettes efter Fs behov. Hertil kommer, at F ønskede at arbejde mandag, onsdag og fredag, og det kunne man ikke få til at gå op hos DAB.

En arbejdsgiver må have en rimelig grad af frihed med hensyn til at indrette arbejdspladsen, så den ser pæn ud. Man kan ikke bare lægge en plade her og der. Søllerød kommune stillede i sin bevilling af løntilskud til fleksjob ikke krav om hæve-sænkeborde, men anførte blot, at der skulle være mulighed for aflastning af ryggen ved varierende arbejdsstillinger. Når det i ressourceprofilen (side 6) anførte tages i betragtning, hvorefter der ikke kan peges på noget mere skånsomt arbejde end arbejdet hos DAB, hvor F kan "variare sine arbejdsstillinger i løbet af dagen", har DAB opfyldt sine mulige afhjælpningsforpligtelser overfor F.

Ved kun at kunne arbejde på halv tid var F ikke "disponibel". DAB fik ingen henvendelser fra Søllerød kommune i perioden. Der må spørges, om agendaen i virkeligheden har været en anden. DAB's seniorpolitik kan ikke påberåbes.

En eventuel godtgørelse bør ikke overstige tre måneders løn. Ligebehandlingsloven kan ikke bruges som parameter. Det må tages i betragtning, at F ikke forsøgte at få Søllerød kommune til at kontakte DAB, hvilket kunne have løst mange problemer.

Der er enighed mellem parterne om, at der ikke både kan ydes godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven og funktionærlovens § 2B. Afskedigelsen af F var under alle omstændigheder saglig. En eventuel godtgørelse må fastsættes til mindre end 3 måneders løn.

Sagens behandling har på grund af den tidligere formalitetsprocedure om forelæggelse for EF-domstolen trukket urimeligt længe ud, og en eventuel forrentning bør derfor først finde sted fra den 14. marts 2008, hvor rettens tilkendegivelse om formalitetsspørgsmålet forelå.

Forelæggelse af sagen for EF-domstolen

HK som mandatar for F har begæret sagen forelagt for EF-domstolen med henblik på besvarelse af de af HK Danmark foreslåede spørgsmål 1-3. Særlig med hensyn til spørgsmål 1 om handicapbegrebet medgives det, at dette spørgsmål efter Sø- og Handelsrettens dom af 2. april 2009 i sagen F-26-07 er mindre relevant. Til støtte for, at retten tillader spørgsmål 2 og 3 forelagt for EF-domstolen, har HK Danmark henvist til sit påstandsdokument af 16. juni 2009, hvor det bl.a. er anført:

”Det gøres [vedrørende spørgsmål 2] ... gældende, at funktionærlovens § 5, stk. 2 ikke kan finde anvendelse, når sygefraværet helt eller delvist skyldes handicap, og at 120 dages reglen er uforenelig med den EU retlige regulering af beskyttelsen af handicappede, jf. direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 (beskæftigelsesdirektivet).

I forbindelse med gennemførelse af forskelsbehandlingsloven er funktionærlovens § 5, stk. 2 ikke ophævet.

Den lønmodtager, der er handicappet som omfattet af direktivet, beskyttes mod forskelsbehandling i forhold til den ikke handicappede. Det har som konsekvens, at såfremt sygefraværet skyldes handicap, bliver den handicappede som følge af funktionærlovens § 5, stk. 2 diskrimineret i forhold til den ikke handicappede. Den ikke-handicappede vil nemlig ikke kunne opsiges med et forkortet opsigelsesvarsel.

Det bemærkes, at EF Domstolen i relation til en anden form for diskrimination, nemlig kønsdiskrimination og mere specifikt gravide har fastslået, at det er i strid med rådets direktiv 96/207/EF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (ligebehandlingsdirektivet) artikel 2, stk. 1 og artikel 5, stk. 1 at afskedige en

kvindelig arbejdstager, medens hun er gravid på grund af fravær som følge af graviditetsbetaget sygdom, jf. sag C-394/96 Mary Brown mod Rentokil Ltd., præmis 25. Det gøres gældende, at en handicapet er beskyttet på samme måde i medfør af beskæftigelsesdirektivet, artiklerne 2 og 3.

Specielt i relation til [DAB's] bemærkninger til de af [HK Danmark] foreslåede spørgsmål bemærkes, at det af [DAB] foreslåede tillægsspørgsmål til spørgsmål 2, reelt er et anbefende, idet [DAB] med spørgsmålet uden videre lægger til grund, at en handicapet er bedre stillet end en ikke-handicappet i den omhandlede situation.

Spørgsmål 3

[F] var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med sin stilling. [DAB] havde en forpligtelse til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for [F] som handicapet, hvilket blandt andet kunne være sket ved tilpasning af [Fs] arbejdsplads, ved arbejdets tilrettelæggelse og ved konkret at have tilbudt [F] at arbejde deltids, eventuelt i et fleksjob. Der er ikke fortolkningsbidrag, der afklarer, om det er en "passende foranstaltning".

I relation til det af [DAB] anførte vedrørende spørgsmål 3 bemærkes, at det netop bekræfter nødvendigheden af at stille EF-domstolen spørgsmål om omfang og indhold af tilpasningsforpligtelsen.

Generelle bemærkninger

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap således, at den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, jf. Mangold-dommen, EF domstolens dom af 22. november 2005, sag C-144/04 præmis 78. Som følge heraf bør sagerne præjudicielt forelægges for EF-domstolen.

Dansk Almennyttigt Boligselskab – DAB har modsat sig, at sagen forelægges for EF-domstolen og har herom henvist til påstandsdokument af 11. juni 2009, hvori det vedrørende HK Danmarks spørgsmål 2 bl.a. fremgår:

"... Det gøres gældende, at der højst kan blive tale om at begrænse anvendelsesområdet i FUL § 5, stk.2, til ikke at omfatte sygefravær, som er påvist som værende begrundet i handicap.

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, jf. bl.a. EF-domstolens sag C-144/04 (Werner Mangold), præmis 77 og 78. [DAB] gør i denne forbindelse gældende, at Sø- og Handelsretten netop med dennes særlige kompetence kan tage stilling til, om det er foreneligt med rådets direktiv 2000/78/EF at lade sygdom forårsaget af handicap medregne ved opgørelsen af 120 sygedage i henhold til FUL § 5, stk. 2.

FUL § 5, stk. 2, giver en arbejdsgiver adgang til at opsig en lønmodtager med et forkortet opsigelsesvarsel på en måned, når denne har været fraværende på grund af sygdom i 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder.

[HK Danmark] har til støtte for den præjudicielle forelæggelse anført, at den handicappede diskrimineres i forhold til den ikke-handicappede, hvis sygefraværet skyldes handicap, idet den ikke-handicappede ikke vil kunne opsiges med et forkortet varsel. Dette er ikke korrekt. Såvel den handicappede som den ikke-handicappede kan opsiges med det forkortede varsel på en måned, hvis betingelserne i § 5, stk. 2, er opfyldt. Der finder således ingen forskelsbehandling sted, da begge grupper behandles ens.

Et konstateret handicap afstedkommer ikke nødvendigvis sygefravær. Men når den handicappede medarbejder er syg, medtælles fraværet på samme måde som når en ikke-handicappet medarbejder er syg.

[HK Danmark] har tillige draget en analogi til forbuddet mod at medregne graviditetsbetinget sygefravær ved opgørelsen af 120-dages reglen.

Der er ikke i relation til forskelsbehandlingsloven eller det bagvedliggende direktiv 2000/78/EF en bestemmelse som Graviditetsdirektivet 92/85/EØF art. 10, stk. 2, Ligebehandlingsdirektivet 2002/73/EF, art. 2, nr. 7 eller Ligebehandlingslovens § 1, stk. 2 og § 9.

Ligebehandlingslovens § 9, indeholder en bestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelsen af retten til fravær eller har været fraværende efter barselslovens §§ 6-14, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption. En arbejdsgiver kan derfor ikke afskedige en kvindelig medarbejder, alene på grund af graviditetsbetinget sygefravær i perioden fra graviditetens indtræden til barselorlovens udløb, og kan tilsvarende ikke lade det graviditetsbetingede sygefravær fra denne begrænsede periode medtælle i funktionærlovens 120-dages regel. Tilsvarende beskyttelsesperiode findes ikke for personer omfattet af forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende direktiv 2000/78/EF.

Ved graviditet er der en periode, hvor der kan indtræde sygdomme og komplikationer, der kan føre til uarbejdsdygtighed. Disse sygdomme og komplikationer hører til de særlige risici i forbindelse med graviditet. En afskedigelse der henviser til dette fravær kan kun berøre kvinder. Tilsvarende gør sig ikke gældende i forhold til handicappede.

I relation til graviditetsbetinget sygdom, er der ikke en universel beskyttelse mod afskedigelse på grund af graviditetsbetinget fravær, der varer ved ud over barselorlovens udløb. Det er således foreneligt med EU-retten ved en afskedigelse at lægge vægt på graviditetsbetinget fravær, når fraværet varer ved ud over barselorlovens udløb.

På baggrund af ovenstående mener [DAB] ikke, at det er uforeneligt med EU-retten at lade sygefravær, der måtte være begrundet i handicap, medregne ved opgørelse af 120 sygedage i henhold til FUL § 5, stk. 2, og det er derfor ikke nødvendigt at stille det af

HK Danmark foreslåede spørgsmål 2.

...

Ad spørgsmål 3

...

Det er sagsøgtes opfattelse, at en tilpasning i forskelsbehandlingslovens § 2a's forstand ikke kan være, at arbejdsgiveren skal tilbyde den handicappede at arbejde i et mindre antal timer end fuld tid.

Baggrunden for bestemmelsen skal findes i artikel 5 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Direktivet definerer ikke omfanget af forpligtelsen, men i de indledende betragtninger findes der bidrag til fortolkning af bestemmelsen, jf. særligt betragtning nr. 20, der lyder således:

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

Det er sagsøgtes opfattelse, at der med betragtning 20 sigtes til fysiske indretninger, fysiske tilpasninger og muligvis fordeling af arbejdsopgaver mellem medarbejderne, men at det ikke har været hensigten at give den handicappede ret til at arbejde på reduceret tid alene på grund af handicapet. Hvis det havde været meningen, at tilpasningsforpligtelsen tillige skulle kunne omfatte reduceret arbejdstid, havde det været naturligt at anføre dette udtrykkeligt. Deltid falder ikke naturligt ind under betegnelsen "effektive og praktiske foranstaltninger" eller opremsningen af eksempler i betragtning 20.

Der er endvidere ikke noget i bemærkningerne til den danske lov, der tyder på, at det fra den danske lovgivers side har været hensigten, at forskelsbehandlingslovens § 2a skulle omfatte ret til deltid. De i de specielle bemærkninger anførte eksempler på tilpasningsovervejelser vedrører fysiske tilpasninger, hjælpemidler og evt. behov for personlig assistance, hvilket i øvrigt også naturligt ligger inden for den umiddelbart naturlige forståelse af den danske bestemmelse samt af artikel 5. Hertil kommer, at Beskæftigelsesministeriet i sin vejledning om forskelsbehandlingsloven fra 2005 heller ikke nævner reduceret tid som omfattet af tilpasningsforpligtelsen, men i stedet anvender eksempler som adgangsforhold og særligt it-udstyr. Endelig er det ved dom af 12. marts 2009 fra Retten i Randers fastslået, at arbejdstidsnedsættelse ikke er omfattet af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren er forpligtet til at træffe i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a.

Det må herefter efter sagsøgtes opfattelse anses for udelukket, at tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingslovens § 2a skulle omfatte en ret til at arbejde på reduceret tid.

Derfor er det ikke nødvendigt at stille det af sagsøger foreslåede spørgsmål nr. 3."

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Efter de lægelige oplysninger, sammenholdt med Fs egne oplysninger, lægges det grund, at F under sin ansættelse hos DAB i 2005 havde rygproblemer, der bl.a. skyldtes svære slidgigtforandrer ved lændehvirvlerne, som medførte lændesmerter og andre gener. Problemerne, der efter det oplyste må anses som varige eller i hvert fald af langvarig karakter, indebærer, at hun i sit arbejde hos DAB havde en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov, for at hun kunne fungere på lige fod med andre i en tilsvarende situation. Da det er rettens opfattelse, at Fs helbredsmæssige problemer under disse omstændigheder var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, findes der ikke at være tilstrækkelig anledning til at imødekomme HK Danmarks anmodning om præjudicielle forelæggelse for EF-domstolen med hensyn til de spørgsmål, der er omfattet af HK Danmarks spørgsmål 1.

F blev ved DAB's skrivelse af 24. november 2005 med henvisning til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, opsagt fra sin stilling som overassistent hos DAB. Der er mellem parterne tvist om, hvorvidt opsigelse efter denne regel er udelukket, når sygefraværet helt eller delvis har kunnet relateres til Fs handicap.

Retten finder, at den tvivl, der under denne sag er rejst med hensyn til foreneligheden mellem den danske regel i funktionærlovens § 5, stk. 2, og de rettigheder, som det med direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 er tilsigtet at yde handicappede personer, omfattet af direktivet, tilsiger, at der stilles spørgsmål til EF-domstolen herom som begæret af HK Danmark.

Det må efter de foreliggende oplysninger antages, at en opfyldelse af Fs kompensationsbehov som følge af hendes funktionsnedsættelse under ansættelsen hos DAB forudsatte, at hun havde mulighed for ansættelse på nedsat tid. Hertil bemærkes, at det, navnlig under henvisning til betragtning 20 til direktiv 2000/78/EF, der blandt de opregnede eksempler ikke omtaler nedsat arbejdstid, mellem parterne er omtvistet, hvorvidt nedsat arbejdstid er en foranstaltning, som en arbejdsgiver efter forskelsbehandlingslovens § 2a og beskæftigelsesdirektivets art. 5, kan have pligt til at iværksætte. Retten finder, at dette for sagens afgørelse væsentlige spørgsmål efter sin karakter og efter den som følge af tvistepunktet opståede tvivl tilsiger en forelæggelse for EF-domstolen.

Retten kan med de anførte bemærkninger imødekomme HK Danmarks anmodninger om præjudiciel forelæggelse af spørgsmål om funktionærlovens § 5, stk. 2's forenelighed med direktiv 2000/78/EF og om arbejde på nedsat tid som mulig afhjælpningsforanstaltning. Det stilles ikke spørgsmål i relation til handicap-begrebet.

Sagen udsættes derfor som neden for anført. Med hensyn til spørgetema henvises til retsbogstilførsel af dags dato.

Thi bestemmes:

Sagens udsættes på forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen.

Claus Forum Petersen

Anders Terp-Hansen

Henrik Amdi Madsen

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

P.j.v. SØ- og Handelsretten, den