

Kandidatafhandling

Uretmæssig afsked grundet handicap – med fokus på godtgørelse

Wrongful termination of employees due to disability – with focus on compensation

Cand.merc.jur

Copenhagen Business School 2014

22. september

Vejledere: Andrej Savin og Niels Ploug

Antal anslag: 180.429/79,31 normalsider

Johanne Liv Pedersen (100690-xxxx)

Underskrift:

INDHOLDSFORTEGNELSE

SUMMARY	6
FORKORTELSER	7
DEL I – INDLEDNING	8
1. Indledning	8
1.1. Introduktion af emne	8
1.2. Problemformulering	9
1.3. Synsvinkel	9
1.4. Afgrænsning	10
1.4.1. Juridisk afgrænsning	10
1.4.2. Økonomisk afgrænsning	11
1.5. Metode og teori.....	11
1.5.1. Juridisk metode og teori.....	11
1.5.2. Økonomisk metode og teori.....	13
1.5.3. integreret	14
1.6. Struktur	14
DEL II – JURIDISK DEL	16
2. Folkeretligt – og EU lovgrundlag før Ring-Werge afgørelsen	16
2.1. FN’s standardregler	16
2.2. Beskæftigelsesdirektivet.....	17
2.3. Forskelsbehandling.....	17
2.4. Rimelig tilpasning	19
2.5. Handicapbegrebet i Chacòn Navas.....	20
2.6 Handicapbegrebet i Coleman.....	21
2.7. Undtagelser til forbuddet i artikel 2 og forpligtelsen i artikel 5	22
2.8. Godtgørelse.....	22
2.9. Bevisbyrde i art.10.....	23
2.10. Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder	24
2.11. FN’s konvention om rettigheder for personer med handicap og tillægsprotokol	25
2.12. Konklusion	26
3. Den danske retsstilling og fortolkningsbidrag før Ring-Werge	27
3.1. Forskelsbehandlingsloven	27
3.2. Bemærkningerne til lovforslaget	27
3.5. Dansk retspraksis hvor der ikke blev fastslået handicap	29
3.6. Dansk retspraksis hvor der blev fastslået handicap	30

3.7. Godtgørelse.....	31
3.8. Konklusion	33
4. Den præjudicielle afgørelse i Ring-Werge og dens betydning, samt den nye afgørelse om fedme.....	33
4.1. Den præjudicielle afgørelse i Ring-Werge	33
4.2. Godtgørelse.....	37
4.3. Ring – Werge afgørelsens betydning for Danmark	38
4.4. Afgrænsning overfor sygdom – Formålet med direktiv 2000/78	39
4.5. Generaladvokaten i C-354/13	40
4.6. Konklusion	41
5. Dansk retspraksis efter Ring-Werge.....	41
5.1. Sø – og Handelsrettens afgørelse i sagen om Jette Ring	42
5.2. Anden retspraksis	42
5.3. Godtgørelse efter Ring-Werge.....	44
5.4. Konklusion	44
DEL III – ØKONOMISK DEL	45
6. Teorier/faktorer der kan forklare årsagen til virksomheders forskelsbehandling af handicappede .	45
6.1. Konkurrenceform på arbejdsmarkedet	45
6.2. Effektivitetsløn	49
6.3. Statistisk diskrimination	50
6.4. Regulering i Danmark og dennes indflydelse på arbejdsmarkedet.....	51
6.5. Institutionelle barrierer	53
6.6. Konklusion	53
7. Godtgørelse som sanktion	54
7.1. Det optimale godtgørelsesniveau.....	54
7.2. Et højere godtgørelsesniveau	55
7.3. Den danske måde at fastsætte godtgørelse på.....	58
7.4. Konklusion	60
8. Alternativer til godtgørelse	61
8.1. Corporate Social Responsibility (CSR)	61
8.2. Name-shaming.....	63
8.3. Offentligt betalte/støttede ordninger.....	64
8.3.1. Førtdispension.....	65
8.3.2. Fleksjob.....	66
8.3.3. Løntilskud	67
8.3.4. Sammenfatning om offentligt betalte/støttede ordninger.....	68

8.4. Konklusion	68
DEL IV - AFSLUTNING.....	70
9. Diskussion.....	70
9.1. Overordnet kvalitet af beskæftigelsesdirektivet og implementeringen af dette med fokus på godtgørelse	70
9.2. Hvordan bør godtgørelsen hjemles og beregnes?.....	71
9.3. Hvad er alternativet til den nuværende beregning og hjemmel?	73
9.4. Konklusion	74
LITTERATURLISTE.....	75
DOMSREGISTER.....	76

SUMMARY

The banning of direct – and indirect discrimination of employees on grounds of their disabilities as regards to employment and occupation in directive 2000/78 is analysed. The directive requires that sanctions must be effective, proportionate and dissuasive in art. 17.

The directive is silent on the subject of how to interpret ”disability”, which have led to the use of the much narrower definition of being disabled being used from the social area of legislation in Denmark in the area of the directive. EU have used a much broader definition of disabilities which is derived from the UN. When a Danish court asked for a preliminary ruling in the case of Ring – Werge, the European Court of Justice concluded that the Danish way to define disabilities was wrong, and that disabilities should have been interpreted in line with the purposes of the directive and the EU-law (including the UN-convention) in general.

Reasons for why some companies chose to dismiss disabled employees contrary to the legislation are studied. One of the reasons can be that the collective agreements makes it difficult to adjust the wage according to the value of the employees value on the market, or employers have to pay full pay to employees who’s sick. Other requirements such as a full-time working week or flexibility and working overtime makes it appealing to dismiss disabled employee, who’s is generally not as flexible as a full-functional employee. When companies make a decision to dismiss a disabled employee, they consider the cost of violating the ban. Legislator can adjust the expected cost of the firms through the choice of sanctions. In Denmark the compensation is set on basis of a certain amount of months according to the seniority of the employee and the character of the violation. The norm for compensation is 6, 9 or 12 months’ pay. The reasoning behind setting the pay according to the wage of the employee is the employee and the loss they’ve suffered from being dismissed.

Besides compensation, there are other factors that can increase the cost of companies of dismissing disabled employees contrary to the legislation. This includes such things as corporate social responsibility and name-shaming. An alternative for compensation is to let the companies dismiss who they want to decisions on dismissals, the employees can receive benefits from the government or work part time while receiving some benefit from the government.

It is doubtful whether the Danish way of measuring the compensation is effective and dissuasive, since it is not set higher than the assumed level of damage and as a result of the economic analysis, an alternative to the Danish way of measuring compensation, consisting of a combination the way it is measured now and punitive damage according to the company’s turnover paid to the government, so the sanctions will be effective and dissuasive.

FORKORTELSER

Chartret	Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder
CSR	Corporate Social Responsibility
EMRK	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
EU	Den Europæiske Union
EUD	Europæiske domstol – Court of Justice of the European Union
FN	Forenede Nationer
H	Højesteret
ILO	International Labour Organization
Jf.	Jævnfør
LO	Landsorganisationen i Danmark
Mdr.	Måneder
Mv.	Med videre
S	Sø – og Handelsretten
Saml.	Samling
TEU	Traktat om den europæiske union
TEUF	Traktat om den europæiske unions funktionsmåde
U	Ugeskrift for Retsvæsen
UN	United Nations
V	Vestre Landsret

DEL I

1. Indledning

1.1. Introduktion af emne

Diskrimination af handicappede medarbejdere er begyndt at komme i fokus både i form af beskyttelseslovgivning fra EU i form af direktiv 2000/78 (beskæftigelsesdirektivet), nationalt i Danmark, senest ved forskelsbehandlingsloven fra 2004 som implementerer ovennævnte direktiv samt fra virksomhederne selv, som ofte har dette inkluderet som en del af deres branding som socialt ansvarlige. Siden vedtagelsen af beskæftigelsesdirektivet har det været overladt til medlemslandene at klarificere hvad der skulle forstås med begrebet handicap, dog med den Europæiske Domstols præjudicielle afgørelse C-13/05 Chacón Navas¹ in mente.

Det seneste, og vigtigste, bidrag til forståelsen af begrebet, kommer fra den Europæiske Unions Domstol, med deres præjudicielle afgørelse fra april 2013, C-337/11 Ring-Werge, der omhandler hvorvidt den danske fortolkning af begrebet, hvor man benytter forståelsen fra den danske sociallovgivning og sætter krav om kompensationsbehov, var i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet. I den præjudicielle afgørelse har EUD for første gang udtalt sig om fortolkningen af handicapbegrebet efter man tiltrådte FN's konvention om rettigheder for personer med handicap.

Det har haft stor betydning at få afklaret hvordan handicapbegrebet skal fortolkes, da det er vigtigt, både for de ansatte og arbejdsgiverne, at vide hvornår der er tale om handicap og der derfor kan tildeles godtgørelse, og ikke blot en sygdom, da sidstnævnte ikke er beskyttet mod uretmæssig afsked. Selvom der i lang tid har været dette forbud mod forskelsbehandling af handicappede i forbindelse med afsked, sker det jævnligt at virksomheder vælger at bryde loven, hvilket kan tyde på, at når virksomhederne når de skal overveje omkostninger overfor udbyttet ved at afskedige en handicappet medarbejder, ender med at forudsige overskud ved at afskedige den ansatte. Dette kunne enten tyde på at godtgørelsesniveauet er for lavt, ikke alle sagerne bliver opdaget og at forbrugerne ikke straffer virksomhederne for deres valg. Der er forskellige teorier om hvilken størrelse godtgørelse er optimal, men da der mange forskellige rationaler bag, er det kun naturligt at der globalt set er vidt forskellige traditioner for størrelsen af godtgørelser.

Der er forskellige faktorer man kan påvirke for at påvirke virksomhedernes afvejning, en af dem er at justere den danske måde at beregne godtgørelsen på, som jf. retspraksis bliver fastsat til 6, 9 eller 12 måneders løn. Da det er et krav ifølge beskæftigelsesdirektivet at sanktionen for overtrædelse af direktivet skal være effektiv, afskrækkende og stå i forhold til overtrædelsen, opstår spørgsmålet om den

¹ Saml. 2006 I-6467

danske praksis for beregning af godtgørelsen lever op til disse krav, specifikt om den reelt er afskrækkende og effektiv. Ved at ændre på omkostningssiden i virksomhedens afvejning, skal man dog huske på, at der er andre omkostninger for virksomhederne forbundet med at afskedige en ansat med handicap, som ikke er godtgørelse

1.2. Problemformulering

Juridisk del

Med udgangspunkt i direktiv 2000/78 og dansk retspraksis, vil det blive udledt, hvad grundlaget for godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap er og om betydningen af handicap har ændret sig efter Ring-Werge afgørelsen.

Økonomisk del

Ud fra gældende økonomisk teori, vil det undersøges, hvilke rationaler der ligger bag virksomhedernes forskelsbehandling af handicappede samt hvilke rationaler der ligger bag godtgørelse som sanktion, sammenholdt med hvordan niveauet bliver fastsat i Danmark. Derudover undersøges alternativer til økonomiske sanktioner.

Integreret del

Hvordan bør godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap hjemles og beregnes sammenlignet med nuværende tilstand sammenlignet med hjemlen og beregningen på nuværende tidspunkt?

1.3. Synsvinkel

Der er mange interessenters interesser involveret i området for uretmæssig afsked grundet handicap. I opgaven vil der blive lagt vægt på virksomhederne og samfundet, og ikke de handicappede. De handicappedes interesser vil dog berøres når godtgørelsens formål undersøges. De handicappede anses som en samlet gruppe hvor det er irrelevant med graden af handicap.

Grundlaget for lovgivningen vil blive set fra et økonomisk perspektiv og der vil blive undersøgt hvordan man fra samfundets side forsøger at påvirke virksomhedernes handlinger gennem lovgivningen, godtgørelsen og andre elementer der virker i samspil med godtgørelsen, eller udgør alternativer fra samfundets side til godtgørelse. Dette munder ud i en diskussion om hvorvidt der kan ske forbedringer på området og hvordan lovgivningen bør fortolkes med hensyn til både virksomhederne og samfundet som helhed.

1.4. Afgrænsning

1.4.1. Juridisk afgrænsning

Der vil ikke blive foretaget en dybdegående analyse af dansk lovgrundlag, da der er fokus på grundlaget for diskrimination af handicappede på EU-plan. Der vil derfor ikke blive foretaget en analyse af anden dansk regulering på handicap/sociallovområdet, som eksempelvis ville inkludere kompensationsloven, førtidspensionsloven mv. Forskelsbehandlingsloven vil blive gennemgået mht. om denne udgør en fuldkommen implementering af beskæftigelsesdirektivet mht. kravene til godtgørelsen.

WHO's klassifikation² af handicappede vil ikke blive gennemgået, da der ikke henvises til denne i de danske bemærkninger, beskæftigelsesdirektivet og sjældent i dansk retspraksis. FN's konvention og standardregler er derfor blevet prioriteret før denne. WHO's klassifikation er formodentlig en af årsagerne til, at der begyndte at komme større fokus på handicappede og forskelsbehandlingen af dem. Klassifikationen giver vejledning til hvordan handicapbegrebet skal forstås, eksempelvis overfor *disabilities*, men giver ikke hjemmel for forbud mod forskelsbehandling. Definitionen af handicap i WHO's klassifikation³ minder betydeligt om den der benyttes af både FN og EU.

Derudover vil Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke blive inddraget i besvarelsen. Konventionen er bindende for alle medlemslandene og har også sin egen uafhængige domstol. Handicap er dog ikke direkte en del af forbuddet mod diskriminering i konventionens art. 14, men kunne falde ind under "*tilhørighed til et nationalt mindretal*". Dette er dog et usikkert retsgrundlag, og vil derfor ikke blive diskuteret i denne omgang.

C-152/11 *Odar* vil ikke blive inddraget i opgavebesvarelsen, da denne er af mindre relevans, da den ikke diskuterer handicapbegrebet⁴. I dommen bliver det fastslået at der er tale om handicap, men ikke hvad dette indebærer, eller hvordan begrebet bør fortolkes.

C-356/12 *Glatzel* vil ikke blive benyttet i opgavebesvarelsen, da den, selvom den diskuterer handicapbegrebet, ikke bringer noget nyt på bordet, og ikke tager stilling til hvorvidt der er tale om handicap i det konkrete tilfælde og blev afsagt efter Ring-Werge.

C-363/12 *Z* vil ikke blive gennemgået, da den som *Glatzel* ikke bringer nyt på banen, og er afgjort efter Ring-Werge.

Der vil kun blive gennemgået nyere dansk retspraksis på området, og der vil derfor ikke blive set på ældre domme end fra 2008.

²World health organization, International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A manual of classification relating to the consequence of disease

³"... a handicap is a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual" s. 182

⁴*Odar* bliver omtalt som "svært handicappet" med en invaliditetsprocent på 50.

1.4.2. Økonomisk afgrænsning

Der vil ligges vægt på den afskrækkende virkning godtgørelsen har, ex post virkning af godtgørelsen vil derfor ikke blive inddraget.

Human Capital teorien vil ikke blive benyttet. Selvom denne ofte bliver benyttet i forbindelse med at forklare diskrimination, er den af mindre relevans for besvarelsen, da den ikke specifikt omhandler afskedigelsessituationen. Af samme årsag vil fortrinsadgangen for handicappede til at komme til jobsamtale efter kompensationsloven, og forpligtelsen for arbejdsgiver til at forhandle med, og begrunde overfor den handicappedes jobcenter, ikke inkluderes i opgavebesvarelsen. Selvom det er relevant at undersøge denne form for tvungen positiv forskelsbehandling, er dette af mindre relevans for godtgørelse i forbindelse med uretmæssig afsked.

Teori om efficient kontraktbrud i ansættelsesforhold vil ikke blive gennemgået dybdegående, men nævnt overfladisk. Denne omhandler hvornår det kan betale sig for arbejdsgiver at bryde ansættelsesrelationen og betale en godtgørelse for denne overtrædelse, og udgør en dybdegående analyse og udregning i sig selv.

Pligten for virksomheder om rapportering af CSR vil ikke blive gennemgået i afsnittet af CSR, da der ikke er fokus på betydningen af denne pligt i denne opgavebesvarelse, men i højere grad på CSR som et alternativ til godtgørelse.

Det kan forestilles, at godtgørelser påvirker private og offentlige virksomheder forskelligt, denne eventuelle forskel vil ikke blive gennemgået eller analyseret.

1.5. Metode og teori

1.5.1. Juridisk metode og teori

Til at besvare de juridiske problemstillinger, er der taget udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Denne metode indebærer en systematisering af de relevante retskilder, hvor disse bliver fortolket og analyseret for at udlede gældende ret. Denne metode benyttes, da der så kan udledes samme konklusion på de juridiske problemstillinger, som en given domstol formentlig også ville udlede.

Denne systematisering af de relevante retskilder og fortolkning af disse, bevirker at resultatet af et givet juridisk problem bliver forudsigeligt⁵.

Overfor den retsdogmatiske metode stilles *retskildelæren* der beskriver hjemmel på området, uden tilstedeværelsen af en rangorden mellem ovennævnte retskilder.

⁵Om retskildelæren og retsdogmatisk metode se Ross, Alf: Om Ret og Retfærdighed, 1953, Kbhvn. i Nielsen og Tvarnø: Retkilder og retsteorier, 3. udgave, s. 28 og 31

I opgavebesvarelsen benyttes både lovgivning fra Danmark og EU, men derudover også FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap og FN's standardregler.

FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap er tiltrådt af både Danmark og EU. Dette betyder, at både Danmark og EU har forpligtet sig til at overholde konventionen ved vedtagelse af retsakter og anden virken. EU tiltrådte konventionen i 2007, hvilket er efter beskæftigelsesdirektivet blev vedtaget, efter den præjudicielle afgørelse i *Chacón Navas*, men før afgørelsen i *Ring-Werge*. FN's Standardregler blev tiltrådt af alle FN-landene, inklusiv Danmark, i 1993. Standardreglerne er stadig gyldige og virker, men har dog fået mindre betydning efter FN-konventionen. FN's standardregler er ikke en del af unionsretten, da de blot er tiltrådt af alle medlemslandene. FN-konventionen derimod, er tiltrådt af EU, og EU er derfor forpligtet til at følge denne i alle aspekter af deres virken.

FN har ligesom EMRK en tilknyttet domstol. Denne domstol afgør dog kun konflikter mellem staterne, og går således ikke ind i konflikter mellem en given arbejdsgiver og dennes ansatte.

Da EU bygger på et legalitetsprincip, beskrives først EU-lovgivningsgrundlaget, retskilderne, der udgøres af primær – og sekundære retskilder og derefter praksis.

Primær regulering i EU udgøres af Traktaten om den Europæiske Union (TEU), Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde samt Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, som blev løftet til traktat-niveau ved Lissabon-traktatens gennemførelse jf. TEU art. 6(1). De primære retskilder indeholder regler, formål samt generelle principper, og regler om EU-institutionernes kompetencer, heriblandt kompetence for Rådet til at udstede beskæftigelsesdirektivet, med hjemmel i art 19 TEUF samt art 153 (2)(b) TEUF.

Sekundære regulering udgøres af forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser jf. den ikke-udtømmende liste i TEUF art. 288. I opgaven er beskæftigelsesdirektivet centralt, og ud fra bestemmelsen i art. 288 i TEUF er dette bindende mht. mål, men bestemmer ikke hvilke midler der skal benyttes til at nå målet. Når det gælder tilfælde hvor det er nødvendigt at fortolke EU-retsakter, eksempelvis beskæftigelsesdirektivet, er der for medlemsstaterne pligt til EU-konform fortolkning. Denne pligt kommer af TEU artikel 4, og har den betydning i praksis, at handicapbegrebet bør fortolkes i overensstemmelse med unionsretten. Ved tvivlstilfælde med hensyn til beskæftigelsesdirektivet, kunne det derfor være relevant at se på eksempelvis Chartret og FN-konventionen.

Retspraksis udgøres i EU af afgørelser truffet af den Europæiske Unions Domstol, Retten, samt en del mindre specialdomstole, med EUD som øverste instans, og derfor med størst retskildemæssig værdi. EUD skal efter art. 19 TEU sikre overholdelse af lov og ret ved fortolkning og anvendelse af traktaterne. I denne besvarelse vil den præjudicielle afgørelse i de forenede sager C-335/11 og C-337/11 *Ring-Werge* analyseres, da den udgør væsentlig retskilde på området.

Udover selve dommen, kommer Generaladvokaterne med udtalelser og forslag til afgørelse til EUD.

Disse kan dog ikke anses for havende en særlig stor retskildeværdi, da de ikke nødvendigvis følges af EUD. Hvis de følges, og endda citeres i domspræmisserne, kan de tillægges vægt. Ved den præjudicielle afgørelse i Ring-Werge, kom generaladvokat J. Kokott med forslag til afgørelse, hvilket i det store hele blev fulgt af EUD, som henviser til Kokotts udtalelser bl.a. i præmis 40.

Domstolens retspraksis er vigtig for at forstå og fortolke de andre retskilder. Traktatbestemmelser og direktiver er sjældent konkrete, og der er derfor brug for fortolkningsbidrag fra EUD. Derudover er EUD hverken bundet af generaladvokatens meninger eller egen tidligere praksis, hvilket både gør grundlaget fleksibelt i forhold til ændringer i samfundet, men også gør retsgrundlaget mere uforudsigeligt. Denne frihed ses især indenfor området for beskyttelse af handicappede, da EUD her alene har været ansvarlig for at fastslå og afgrænse den juridiske betydning af handicapbegrebet gennem sine domme.

Denne frihed betyder at EUD til forskel fra eks. de danske domstole, har meget større frihed i deres beslutningstagen, samt at dommene fra EUD har en langt større præjudiciel værdi end danske domstoles domme. Dette fænomen hænger formodentlig sammen med, at EU retssystemet er mindre præget af civil law-traditionen, som er dominerende i Danmark. Retssystemer kan klassificeres som enten common – eller civil law. Det danske retssystem er karakteriseret som civil law, da vi i høj grad benytter skrevne retskilder i forskellige former, og der er mindre frihed for domstolen til at ændre praksis. Det modsatte er tilfældet med civil law som retssystemet i EU er præget af, hvor domstolene har mere frihed til at fortolke, være kreative og nytænkende.

Regulering i Danmark udgøres af grundloven, love, bekendtgørelser, anordninger, cirkulærer og planer. Regulering der er relevant for denne opgave er forskelsbehandlingsloven der implementerer beskæftigelsesdirektivet

I opgaven vil der blive brugt dansk retspraksis til vurdering af dansk ret i forhold til nyeste domspraksis fra EUD.

1.5.2. Økonomisk metode og teori

Den benyttede metode er baseret på en deduktiv fremgangsmåde⁶, hvor der vil blive benyttet vidensproduktion fra generelle økonomiske teorier til at forklare det specifikke fænomen og særtilfælde der blev sat spørgsmålstegn ved i problemformuleringen.

Jeg benytter specifikt denne metode ved eksempelvis først at beskrive generel økonomisk teori vedrørende fuldkommen konkurrence og monopolistisk konkurrence og hvilke antagelser der generelt

⁶ Elling, s. 34

ligger bag konkurrenceformerne og efterfølgende sammenligne disse konkurrenceformer med det danske arbejdsmarked, og påpege forskelle og ligheder.

Udgangspunktet for den økonomiske analyse, er teori omkring monopolistisk konkurrence der benyttes til at beskrive det danske arbejdsmarked, selvom der stadig er visse forskelle. Her betragtes arbejdspladsen som udbyder, og arbejdstagerne betragtes som købere, og arbejdskraften som produktet. Virksomhederne er derved dem der efterspørger arbejdstagernes produkt⁷. Teorien om fuldkommen konkurrence beskrives, da monopolistisk konkurrence er en videreudvikling af denne, og fuldkommen konkurrence benyttes til at beskrive virksomhedernes generelle profitmaksimering og – søgning. Teorien om fuldkommen konkurrence er dog for uvirkelig til at bruge på reelle markeder, da kun få markeder, om nogen, lever op til de mange antagelser.

1.5.3. Integreret metode

I diskussionsdelen af opgaven, vil der foretages en retspolitisk diskussion af beskæftigelsesdirektivet og dets implementering i den danske forskelsbehandlingslov. Denne indebærer, at fejlene vil pointeres og resultaterne fra den økonomiske analyse vil blive benyttet til at foreslå konkrete ændringer i forbindelse med både direktivet, implementeringen og dansk retspraksis. Dette indeholder overvejelser til, hvordan, og hvor bredt lovgivningen bør fortolkes⁸.

1.6. Struktur

Del II indeholder en juridisk analyse af grundlaget samt størrelsen for godtgørelsen, både på overordnet plan i form af folkeretten og konkret på EU-plan i kapitel 2, hvor grundlaget gennemgås og hvor der er specifik fokus på beskæftigelsesdirektivet. Derefter skifter fokus fra det internationale niveau til det nationale og den danske retsstilling for forskelsbehandling af handicappede så ud før Ring-Werge afgørelsen. Der er her fokus på den danske retsstilling i forhold til den der er udledt på de internationale område og det danske godtgørelsesniveau. Herefter analyseres den præjudicielle afgørelse i Ring-Werge i dybden kapitel 4 og derudover gennemgås også generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-354/13. Til slut i den juridiske del i kapitel 5 vil det blive analyseret, hvilken betydning Ring-Werge afgørelsen har haft på dansk retspraksis.

Del III indledes i kapitel 5 med en økonomisk analyse af hvilke teorier og faktorer der kan forklare hvorfor nogen virksomheder vælger at afskedige handicappede ansatte i strid med

⁷Denne efterspørgsel er en *afledt efterspørgsel*, da den er afhængig af virksomhedens valgte produktionsniveau. Grell og Rygner s. 164.

⁸Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, 2011, s. 448

forskelsbehandlingsloven. Herefter analyseres det optimale godtgørelsesniveau og hvilke hensyn der ligger bag de forskellige niveauer der ses i praksis i kapitel 7. Dette gøres konkret ved at det sammenlignes med den danske måde at fastsætte godtgørelse der fremgår af dansk retspraksis. I kapitel 6 bliver der perspektiveret til alternativer til hvordan virksomhedernes adfærd kan ændres, herunder hvilke incitamenter virksomheder har af sig selv for at undgå denne type sager, og hvilke initiativer det offentlige er kommet med på området, eksempelvis i form af anden lovgivning end forskelsbehandlingsloven.

I Del IV sammenholdes dansk lovgivning og retspraksis om godtgørelse med de krav til sanktionerne i beskæftigelsesdirektivet, og hvorvidt den danske praksis for fastsættelse af godtgørelse tager højde for de økonomiske hensyn der ligger bag godtgørelse, der virker i samspil med andre faktorer til at påvirke virksomhederne. Ud fra dette sættes der spørgsmålstegn ved, om dansk lovgivning er i overensstemmelse med EU-retten og de økonomiske hensyn bag godtgørelse.

DEL II – JURIDISK DEL

2. Folkeretligt – og EU lovgrundlag før Ring -Werge afgørelsen

Lovgivningen på alle niveauer af området for beskyttelse af handicappede er kommet på banen indenfor de sidste årtier. Det retsgrundlag der tidligst satte fokus på området, er FN's standardregler fra 1993⁹. FN's områder favner bredt, og har udvidet sig betydeligt siden FN blev dannet med det formål at forhindre en 3. verdenskrig.

EU's indflydelse på forskelsbehandlingsområdet har indtil beskæftigelsesdirektivet blev vedtaget i 2000 primært været begrænset til arbejdskraftens frie bevægelighed og forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er én af de fire grundlæggende friheder i EU. Interessen fra EU på handicapområdet skyldes formodentlig det øgede humanistiske fokus der er udviklet gennem tiden i EU samt den øgede interesse fra FN, som har smittet af på EU, da alle EU-medlemslandene er medkem af FN.

Den danske lov om forskelsbehandling af handicappede i forskelsbehandlingsloven stammer fra 1996. Loven blev ændret i 2004¹⁰ efter implementering af direktiv 2000/78. Baggrunden for det danske fokus på forbud mod forskelsbehandling af handicappede stammer sandsynligvis fra vedtagelsen af FN's standardregler der skulle implementeres i dansk ret, hvorefter man vedtog den oprindelige udgave af forskelsbehandlingsloven.

For at udlede grundlaget for beskyttelsen af handicappede i forbindelse med afskedigelse, ses der først på EU og det folkeretlige grundlag i historisk rækkefølge.

2.1. FN's standardregler

Standardreglerne er en resolution der er udarbejdet af medlemsnationerne i fællesskab, og er derfor ikke bindende på samme måde som en konvention. I dette regelsæt definerer man handicap, og dette begreb sættes over for funktionsnedsættelse og funktionshæmning.

I punkt 17 er det slået fast at man

”kan have en funktionsnedsættelse på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse”.

Denne definition sættes overfor begrebet handicap i punkt 18, hvor handicap består af

”tab eller begrænsning af mulighederne for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Den beskriver relationen mellem et menneske med funktionsnedsættelse og dets omgivelser.”

⁹ WHO's klassifikation er fra 1980, men dette er ikke et egentlig regelsæt, men udgør definition.

¹⁰ Info om Forskelsbehandlingsloven i Greisen, s. 3.

Ifølge FN's betegnelser, beskriver handicap relationen mellem et menneske med funktionsnedsættelse og dets omgivelser. Man kan konkludere modsætningsvist, at hvis der ikke er mangler ved omgivelserne i forhold til en person med funktionsnedsættelse, foreligger der ikke handicap. FN mener derfor, at handicappet bestemmes ud fra både den enkeltes tilstand og manglerne i samfundet. Efter FN's definition af begreberne, kan der udledes to krav til hvorvidt der er tale om handicap:

- Der skal foreligge en funktionsnedsættelse på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse
- Der skal foreligge et tab eller begrænsning i mulighederne for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre

Standardreglerne omhandler ikke specifikt handicap i forbindelse med ansættelsessituationen, men alle situationer.

2.2. Beskæftigelsesdirektivet

Til forskel fra standardreglerne, regulerer beskæftigelsesdirektivet kun beskæftigelsessituationer.

I beskæftigelsesdirektivet er der fastlagt en generel ramme med det formål at bekæmpe forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, **handicap**, alder eller seksuel orientering, jf. dennes art. 1. Denne artikel udgøre formålet med direktivet, men er også grundlæggende hjemmel for forbuddet mod forskelsbehandling.

Anvendelsesområdet fremgår af art. 3, hvoraf det fremgår at direktivet finder anvendelse både i den offentlige og private sektor. Herefter nævner direktivet forskellige konkrete anvendelsesområder hvor det finder anvendelse, heraf er art. 3 (1) (c) relevant for opgaven . Denne er som følger:

c. ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn¹¹

Direktivet beskytter derfor handicappede mod forskelsbehandling i afskedigelsessituationer. I forbindelse med vedtagelsen af direktivet, kom rådet ikke med vejledning til hvordan begrebet ”handicap” skal fortolkes. Dette fremgår heller ikke af de udtalelser og forslag¹² der lagde grund for direktivet, og det har derfor været op til de nationale domstole hvordan begrebet skulle fortolkes.

2.3. Forskelsbehandling

I beskæftigelsesdirektivet skelner man mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Denne kategorisering kommer eksplicit fra art. 2 (2) (a) og (b) og gennemgås mht. handicap. Direkte

¹¹ Det er yderligere specifikt slået fast i Chacòn Navas præmis 37 at handicappede er beskyttet i forbindelse med afsked

¹² Dette gælder KOM(1999) 565 af 1999-11-25 og KOM(2000) 652 af 2000-10-12, udtalelser fra Europa Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg samt Regionsudvalget

forskelsbehandling er hvor en person på grund af handicap behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet. Der er ved denne definition taget højde for potentielt diskriminerende foranstaltninger, da det ikke er et krav ifølge bestemmelsen, at der rent faktisk er sket forskelsbehandling, men blot at det er sandsynligt, at der vil ske forskelsbehandling. Derudover er det et krav, at personen behandles ringere end andre i tilsvarende situation. Direkte forskelsbehandling vil være tilfælde, hvor den ansatte eksempelvis blev opsagt med begrundelse i handicappet¹³.

Indirekte forskelsbehandling foreligger i tilfælde jf. art. 2 (2) (b) hvor en tilsyneladende neutral bestemmelse alligevel stiller personer med handicap ringere end andre personer. Et tilfælde hvor der ville foreligge indirekte forskelsbehandling kunne indebære at der blev stillet krav om kørekort, men hvor den handicappede ikke har mulighed for at få et kørekort grundet sit handicap. I Ring-Werge afgørelsen fandt EUD at det udgjorde indirekte forskelsbehandling, at arbejdsgiver kan afskedige den ansatte med forkortet varsel, hvis de har været syge i mere end 120 dage på et år (120-dages reglen i funktionærloven). Domstolen slog i denne afgørelse fast i præmis 72, at selvom 120-dages bestemmelsen fandt anvendelse på samme måde på handicappede – og ikke-handicappede personer, medførte bestemmelsen at handicappede blev stillet ringere end andre, da de alt andet lige har højere risiko for at det forkortede opsigelsesvarsel bliver anvendt overfor dem jf. præmis 76. Domstolen slog derfor fast, at 120-dages reglen er indirekte diskriminerende mod handicappede.

Udover forskellen på definitionen af direkte og indirekte forskelsbehandling, er der ved de to former for forskelsbehandling også forskel på hvorvidt denne kan retfærdiggøres og derved ikke stride mod forbuddet i art. 2 (1).

Direkte forskelsbehandling kan ikke retfærdiggøres, og strider dermed mod forbuddet så snart den foreligger. Indirekte forskelsbehandling kan derimod retfærdiggøres jf. art. 2 (2) (b) (i) og (ii) hvis:

- i. Der foreligger proportionalitet. Dette er i bestemmelsen formuleret ved ”... er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige”
- ii. Foranstaltningerne er begrundet med tiltag i forbindelse med art. 5.

I EUD's afgørelse i Ring-Werge vurderer EUD om 120-dages reglen i den danske funktionærlov kan retfærdiggøres. Dette gør de dog udelukkende i forhold til art (2) (b) (i), da (ii) ikke er relevant. Domstolen fastslår først at 120-dages reglen er begrundet i et legitimt formål i præmis 83, idet dens mål er at få arbejdsgiverne til at ansætte flere syge medarbejdere, ved at gøre det lettere at afskedige dem

¹³ Vestre landsret fandt dog frem til, i U.2010.2610 V, at det var tale om direkte forskelsbehandling, da en mor blev afskediget på grund af sin søns handicap, også selvom den begrundelse der blev udtrykt af arbejdsgiver var ”omsætningsnedgang”.

igen ved for meget fravær. Domstolen slår derudover i præmis 87 fast, at reglen er hensigtsmæssig til at nå målet og vurderer til slut om reglen er hensigtsmæssig og nødvendig. Domstolen tager ikke stilling til dette spørgsmål, men lader dette være op til Sø – og handelsretten. Domstolen udtaler dog at arbejdsgiver og – tagers interesser skal vægtes overfor hinanden, med specifik fokus på den risiko handicappede personer er udsat for.

Derudover udgør chikane og instruktion til forskelsbehandling også forskelsbehandling efter beskæftigelsesdirektivets art. 2, stk. 3 og art. 2 stk. 4.

2.4. Rimelig tilpasning

I direktivets art. 5 er det desuden fastslået, at der foreligger en forpligtelse til at der foretages ”... tilpasninger i rimeligt omfang”. Dette betyder at “...arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse...” “...**medmindre** arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde...”

Denne bestemmelse indeholder derfor en forpligtelse for virksomhederne, da de skal tilpasse sig den handicappede medarbejder.

I direktivets betragtning nr. 20 er nævnt eksempler på former for tilpasning der kan kræves; Indretning af lokaler eller tilpasning af udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion.

Derudover indeholder den også en undtagelse til denne forpligtelse, da der ikke er pligt til rimelig tilpasning hvis dette udgør en uforholdsmæssig stor byrde for virksomheden. For at måle om tilpasningen er ”uforholdsmæssig”, skal der vurderes de finansielle og andre omkostninger der er forbundet med tilpasningen, virksomhedens størrelse, samt hvorvidt man kan opnå økonomiske tilskud fra det offentlige jf. betragtning 21 i beskæftigelsesdirektivet.

Hvis virksomheden har afskediget en handicappet medarbejder uden at forsøge sig med en sådan rimelig tilpasning, vil afskedigelsen udgøre direkte eller indirekte forskelsbehandling.

I de forenede sager Ring-Werge udtalte EUD, at nedsat arbejdstid er et af de tilpasningstiltag der er tilgængeligt for arbejdsgiveren at tage, men lader det være op til de nationale domstole at vurdere, hvorvidt dette vil udgøre en urimelig stor byrde i det konkrete tilfælde. I sagen blev det fastslået, at der forelå indirekte diskrimination som kunne være retfærdiggjort hvis virksomheden havde forsøgt rimelig tilpasning.

Hvis der perspektiveres til FN’s definition af handicapbegrebet, betyder tilpasningsforpligtelsen, at jo mere tilpasning der foretages, jo mindre handicappet er den ansatte, da handicap her er defineret ud fra manglerne i omgivelserne.

2.5. Handicapbegrebet i Chacòn Navas

I Chacòn Navas spurgte den nationale domstol ind til, hvordan begrebet handicap skulle forstås i forhold til sygdom, og hvorvidt man er omfattet af beskæftigelsesdirektivet hvis der er tale om sygdom og ikke handicap. Det fremgår ikke af sagen, eller forespørgslen fra den nationale domstol, hvilken sygdom medarbejderen, Sonia Chacòn Navas, led af.

Generaladvokaten argumenterede i denne sag for, at handicapbegrebet er i løbende udvikling¹⁴, og at hvad der kan betragtes som handicap i ét tilfælde, ikke behøver at betragtes som handicap i et andet. Han argumenterede yderligere for, at man skal beholde handicapbegrebets åbne natur¹⁵, samtidig med at der er behov for en ensartet fortolkning. Denne forståelse følger domstolen mere eller mindre, men specificere handicapbegrebet yderligere.

Domstolen slår fast i præmis 40, at handicapbegrebet skal *"undergives en selvstændig og ensartet fortolkning"*.

Dette er en indirekte måde for domstolen at udtrykke at medlemslandene skal følge den fortolkning af begrebet de slår fast i den præjudicielle afgørelse.

Domstolen slår fast i præmis 43 at begrebet handicap omfatter:

"...en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet"

Det fremgår yderligere af denne dom af præmis 45 at:

"For at være omfattet af begrebet "handicap" skal begrænsningen muligvis være af lang varighed"

Det er dog ikke entydigt hvad domstolen præcis mener med denne formulering, da ordet "muligvis" gør at det formodentlig ikke er udelukket med beskyttelse af korttidshandicappede, men bare usandsynligt.

Derudover er det uklart hvilken tidshorisont begrebet "lang varighed" dækker over. Det skal dog bemærkes, at den danske oversættelse kan tolkes forskellig end eks. den engelske hvor uddraget ovenfor er som følger: "...it must therefore be probable that it will last for a long time".

De fleste ville formodentlig oversætte probable med sandsynligt. Dette vil give en anden mening med formuleringen, således at det skal være sandsynligt at tilstanden skal være langvarig, før der kan være tale om et handicap. Da alle oversættelser af retsakterne i EU tillægges samme værdi, kan det ikke siges, hvilken af formuleringerne der er afgørende eller tiltænkt.

Domstolen gør det under alle omstændigheder klart, at et tidsmæssigt perspektiv skal medtages i vurderingen af hvorvidt en person er handicappet eller ej.

Domstolen vælger yderligere at slå fast, at der med begrebet handicap bevidst er valgt at tage afstand fra begrebet sygdom, og disse derfor ikke kan sidestilles i præmis 44.

¹⁴ Præmis 57

¹⁵ Præmis 58 og 59

I den konkrete sag, hvor Sonia Chacòn Navas havde været sygemeldt i 8 måneder, slog EUD fast, at hun ikke var omfattet af handicapbegrebet, og der derfor ikke forelå diskrimination efter beskæftigelsesdirektivet, hvorefter man kan foranlediges til at tro, at EUD udelukkende ikke mente Sonia Chacòn Navas var beskyttet som handicappet, fordi sygdomsperioden kun var på 8 måneder. Kriterier efter Chacòn Navas der gør at man er beskyttet som ”handicappet” i beskæftigelsesdirektivets forstand:

- Der foreligger en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader
- Man er hindret/begrænset i at deltage i erhvervslivet
- Denne begrænsning skal sandsynligvis/muligvis være af lang varighed

Udover at der bliver benyttet begrebet begrænsning fremfor funktionsnedsættelse og at der bliver stillet krav til dennes varighed minder disse kriterier til handicap dem i FN's Standardregler.

2.6. Handicapbegrebet i Coleman¹⁶

I Coleman blev der også spurgt ind til forståelsen af handicapbegrebet. Denne gang var det en domstol fra Storbritannien der satte spørgsmålstegn ved hvorvidt en kvinde der havde født en søn som led af apnø og af en arvelig strube-og bronkiemalacia, var beskyttet som handicappet, selvom hun ikke personligt var handicappet.

I afgørelsen præmis 38 slår domstolen fast, at siden det ikke er nævnt eksplicit i direktivet at dets beskyttelsesområde kun dækker folk med personligt handicap der bliver forskelsbehandlet, og da direktivets formål er at bekæmpe alle former for forskelsbehandling som skyldes handicap, finder direktivet også anvendelse på personer uden handicap. Derfor beskytter direktivet også personer der diskrimineres på grund af deres forbindelse til handicappede.

I præmis 43 slår domstolen fast, at nogen af bestemmelserne i direktivet, såsom forpligtelsen til tilpasning, kun er relevant for mennesker med handicap, men at dette ikke er ensbetydende med at handicapbegrebet skal fortolkes indskrænkende gennem hele direktivet. De konkluderer desuden i præmis 45, at Chacòn Navas dommen ikke har den betydning, at handicapbegrebet skal fortolkes indskrænkende, og derfor ikke kan anvendes for personer med tilknytning til handicappede personer.

Domstolen slår endvidere fast i præmis 48, at det vil stride mod formålet med direktivet, hvis ikke man beskytter folk med tilknytning til handicappede mod forskelsbehandling. Dommen er fra EUD's side et udtryk for, at handicapbegrebet bør fortolkes udvidende i stedet for indskrænkende.

Dommen er blevet taget til efterretning af de danske domstole, og den danske afgørelse U.2010.2610V, hvor omstændighederne lignede dem der forelå i Coleman til forveksling. Der blev i sagen tilkendt den

¹⁶ C-303/06

forskelsbehandlede forælder en godtgørelse på kr. 180.000, svarende til ca. 9 måneders løn.

2.7. Undtagelser til forbuddet i artikel 2 og forpligtelsen i artikel 5

Betragtning 17 i direktivet hjemler en undtagelse til forbuddet i art. 2 og forpligtelsen i art. 5:

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

Ved denne bestemmelse, begrænses virksomhedernes ansvar overfor de handicappede ansatte. Det er hermed tydeligt, at direktivet skelner mellem de retmæssige afskedigelser, nemlig dem der er begrundet i en persons kompetencer o.l. overfor de uretmæssige, nemlig dem der er begrundet i en persons handicap. Hvis virksomhederne derfor kan påpege eks. manglende kvalitet i opgaveløsningen i stedet for sygefraværet ved en afskedigelse, bør denne ikke være i strid med beskæftigelsesdirektivet. Formuleringen er udtryk for, at der ikke er krav om positiv særbehandling af handicappede, og at de skal konkurrere med ikke-handicappede på lige vilkår.

Herefter er beskyttelsen efter beskæftigelsesdirektivet mht. afskedigelse af handicappede som følger:

- *En afskedigelse af en handicappet er uretmæssig, hvis denne sker grundet en persons handicap og på baggrund af manglende kompetencer, egnethed og disponibelhed.*
- *En afskedigelse af en handicappet er uretmæssig, hvis der ikke som alternativ er forsøgt rimelig tilpasning*

Ved vurdering om undtagelsen kan finde anvendelse vil det være relevant et erindre, at virksomheden ved at beslutte at ansætte personen formodentlig har fundet denne egned og kompetent.

Herudover findes der i direktivet en række andre undtagelser af mindre relevans i forhold til opgavebesvarelsen.

2.8. Godtgørelse

I direktivet er desuden slået fast, hvorledes man skal sanktionere overtrædelser af direktivets bestemmelser. Dette er fastsat i art. 17:

“...Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelserne og have afskrækkende virkning”

og i betragtning 35:

“...Medlemsstaterne bør fastsætte effektive sanktioner, der står i rimeligt forhold til overtrædelserne og har en afskrækkende virkning, og som iværksættes i tilfælde af handlinger, der strider mod

forpligtelserne i dette direktiv”

Af disse to bestemmelser kan der fastsættes tre kriterier til de midler medlemsstaterne vælger at benytte til at sørge for direktivet overholdes:

1. Effektivitet¹⁷
2. Forholdsmæssig rimelighed
3. Afskrækkende virkning

Udover disse kriterier, foreligger der ikke nogen vejledning fra EU-institutionerne om sanktionen eller beregning af godtgørelse. EUD har dog udtalt i en sag¹⁸, at en advarsel ikke var tilstrækkeligt til at udgøre en sanktion, der levede op til kriterierne.

Effektivitet kan fortolkes således, at de midler der vælges skal være virkningsfulde. Dette kan både have den betydning, at den ansatte økonomisk skal kompenseres for det lidte økonomiske samt ikke – lidte økonomiske tab, men kan også have den betydning, at det skal være en godtgørelse i et niveau der får virksomheden til at handle efter loven fremover, hvilket er forbundet med kriteriet om afskrækkende virkning.

Forholdsmæssig rimelighed knytter sig til omstændighederne og hensynet til virksomhederne, og at godtgørelsen ikke skal være urimelig i forhold til skaden der er sket.

At godtgørelsen skal have afskrækkende virkning, betyder at den skal sørge for, at virksomhederne ikke skal have incitament til at bryde loven. Dette krav betyder derved, at når den økonomiske og ikke økonomiske skade er udmålt, skal der ligges et vidst beløb til den faktiske skade, for at skræmme virksomheden fra at overtræde loven igen.

Kriterium 2 og 3 knytter sig derfor til virksomheden, og kriterium 1 knytter sig til virksomhedens eller personens skade.

I sager om overtrædelse af beskæftigelsesdirektivet fastsætter EUD ikke en godtgørelse, jf. art. 19 (3) (b), hvorefter EUD er bemyndiget til at fortolke EU-retten og tage stilling til gyldigheden af nationale retsakter. I *Asociatia Accept* er dette fænomen tydeligt, idet domstolen ikke fastslog en bestemt størrelse godtgørelsen, men blot fastslog, at en retsregel der fastsatte advarsel som sanktion var i strid med beskæftigelsesdirektivet, da dette ikke udgjorde en sanktion der levede op til kriterierne i direktivet.

2.9. Bevisbyrde i art. 10

Beskæftigelsesdirektivet bestemmer i art. 10 at personer

¹⁷ Dette kriterium kommer desuden fra effektivitetsprincippet der er generelt anerkendt af Domstolen og kommer delvist fra TEU art. 19.

¹⁸ C-81/12 *Asociatia Accept*

”der mener sig krænkede... fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat.”

Denne bestemmelse hjemler at der efter direktivet foreligger delt bevisbyrde i sager om forskelsbehandling. Dette betyder, at den krænkede blot skal forevise faktiske omstændigheder, hvilket i praksis vil betyde, at den krænkede blot skal påvise at denne lider af et af de beskyttede kriterier i forskelsbehandlingsloven, hvorefter det påhviler arbejdsgiveren, at bevise at eks. afskedigelsen var retmæssig. Retmæssigheden kan bestå i eks. virksomhedens forhold, eller den ansattes manglende kompetencer som beskrevet i beskæftigelsesdirektivets betragtning 17.

Delt bevisbyrde er en måde at lempe byrden for den krænkede, da denne her blot skal bevise faktiske omstændigheder og ikke godtgøre at opsigelsen er sket i strid med gældende ret. Det er op til de nationale domstole, at bestemme beviskravene, både i forhold til kravene for den ansatte til at bevise ”faktiske omstændigheder”, men også i forhold arbejdsgiverens bevisbyrde for at bevise at der foreligger retmæssighed. Dog skal der ved bedømmelsen tages hensyn til direktivets formål med at forskyde bevisbyrden¹⁹

I visse danske retssager har domstolene givet udtryk for en helhedsvurdering²⁰.

2.10. Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder²¹

Ved at vedtage Chartret i 2000 forsøgte medlemmerne i Det Europæiske Råd at samle normerne for de grundlæggende rettigheder indenfor EU, og skrive dem ned i et charter. Chartret var på dette tidspunkt af natur ikke bindende som retskilde, men blev det først ved ikrafttrædelsen af Lissabontraktaten i 2009, hvor det jf. TEU artikel 6 fik samme juridiske værdi som traktaterne. Chartret udgør derfor nu et væsentligt element i EU-retten.

Chartrets art. bestemmer 21 at

”Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt”.

Hermed er der hjemmel for forbud mod forskelsbehandling på baggrund af de nævnte kriterier, hvilket inkluderer handicap. Chartrets artikel 26 bestemmer at

”Unionen anerkender og respekterer retten for mennesker med handicap til at nyde godt af foranstaltninger, der skal sikre deres autonomi, deres sociale og erhvervsmæssige integration og deres

¹⁹ Forskelsbehandlingslove s. 235

²⁰ U.2010.1415H og Søj – og Handelsrettens dom af 22. November 2007

²¹ Fra nu af kaldet Chartret

deltagelse i samfundslivet”

Denne bestemmelse kan med fordel sammenlignes med beskæftigelsesdirektivets artikel 5 om kravet til rimelig tilpasning men betegner det dog foranstaltninger i stedet for tilpasning. Chartret stiller ikke krav og begrænsninger til tilpasningen/foranstaltningen som beskæftigelsesdirektivet gør og nævner hverken et objekt som er ansvarlig for disse foranstaltninger eller hvad det indebærer at være handicappet. Der er således ikke taget stilling til, om det er det offentlige eller arbejdspladserne der har ansvaret for foranstaltningerne, hvor det i beskæftigelsesdirektivet er klart afgrænset til arbejdspladsen.

Da Chartrets bestemmelser er betydelig mere generelt formuleret end beskæftigelsesdirektivet, antages direktivet at have større retskildeværdi end Chartret. Dette skyldes det generelle princip *Lex Specialis*, hvorved specifik og mere detaljeret lovgivning går forud for mere generel lovgivning. Dette kan også ses ved at Chartret hverken er nævnt i Chacòn Navas eller Ring-Werge, hvor beskæftigelsesdirektivet og FN-konventionen udgør grundlaget for de præjudicielle afgørelser.

Det kan dog tænkes, at Chartret ville være relevant som retskilde i situationer med forskelsbehandling udenfor beskæftigelsesområdet.

2.11. FN's konvention om rettigheder for personer med handicap og tillægsprotokol

FN-konventionen blev vedtaget i 2006 og ratificeret af Danmark i 2009 samt EU i slutningen af 2010²². Hvorvidt nationerne der har tiltrådt konventionen faktisk lever op til forpligtelserne heri, bliver kontrolleret af et kontrolorgan fra FN. Forpligtelsen for at gennemføre ratificeringen består primært i at reglerne skal gennemføres på regeringsniveau, samt at relevante parter skal inddrages (institutter og civilsamfundet) jf. artikel 33 i konventionen. Danmark er derfor bundet både gennem egen ratificering, men også gennem EU's.²³

FN's definition af handicapbegrebet er beskrevet i præambelens artikel e, hvor staterne:

”anerkender, at handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet 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,”

Selvom denne formulering er anderledes end den der fremgik af FN's Standardregler, er forskellen ikke signifikant. FN-konventionen fastslår to krav til hvorvidt en person er handicappet:

1. Der skal være en funktionsnedsættelse.

²² EU's indgåelse af FN-konventionen skete ved Rådets afgørelse 2010/48/EF af 26. November 2009 (EUT 2010 L 23, s. 35)

²³ Da EU bør leve op til FN-konventionen i alle deres retsakter, og da disse retsakter kan have direkte effekt for Danmark, hvilket er tilfældet når de er præcise, klare og ubetingede, og at der ikke er påkrævet supplerende foranstaltninger (Jf. Van Gend en Loos). Forordninger har altid direkte virkning jf. 288 TEUF, og direktiver har direkte virkning når dets bestemmelser er ubetingede og tilstrækkeligt klare og præcise (jf. Van Duyn), og fristen for at implementere direktivet er udløbet for medlemsstaten.

2. Der skal være barrierer der skyldes holdninger og omgivelsesmæssige barrierer, der hindrer personer med funktionsnedsættelse at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.

Der er derved i FN-konventionen tale om en toleddet test, som i det store hele svarer til den de fastslog i Standardreglerne. Der er dog forskelle på flere områder.

Det antages, at FN i konventionen mener ”funktionsnedsættelse” som de slog fast i standardreglerne, og at det dermed skal forstås som funktionsnedsættelse ”på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse”.

Hvor standardreglerne nævner ”tab” og ”begrænsninger” i 2. pkt., nævner konventionen ”barrierer” der skyldes holdninger eller omgivelserne. Den indfører derfor et nyt begreb og uddyber hindringen i forhold til deltagelsen i samfundet, da denne nu består af holdninger og omgivelserne.

Det kan umiddelbart ikke tænkes at denne ændring vil have betydning i praksis, da den stort set svarer til den tidligere, blot uddybet.

Konventionens artikel 5, nr. 2 fastslår, at der ikke må diskrimineres mod handicappede i nogen henseende, og af enhver grund. Denne bestemmelse er mere bred end bestemmelsen i artikel 1 i beskæftigelsesdirektivet, da denne kun dækker beskæftigelsesområdet. Beskæftigelsesdirektivet udgør derved kun en del af implementeringen af FN-konventionen for EU.

Derudover fremgår det af konventionens art. 5, nr. 3, at deltagerstaterne, ligesom i Standardreglerne er forpligtet til at foretage rimelig tilpasning.

2.12. Konklusion

Ovenfor er grundlaget for godtgørelse for forskelsbehandling før Ring-Werge dommen undersøgt.

Kernen for at konstatere om der er sket forskelsbehandling grundet handicap, er at definere handicapbegrebet. FN har fastholdt nogenlunde samme opfattelse af hvad der bør udgøre et handicap, nemlig en funktionsnedsættelse der hindrer en given person i at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Beskæftigelsesdirektivet er tavs omkring hvordan handicapbegrebet skal fortolkes, men i Chacòn Navas slog EUD fast, at en begrænsning som hindrer en person i at deltage i erhvervslivet udgør et handicap. De ligger sig her tæt op ad definitionen fra FN, men tilføjer at denne begrænsning muligvis skal være af lang varighed. I Coleman fortolker domstolen handicapbegrebet udvidende da de slår fast, at forskelsbehandling grundet handicap strider mod beskæftigelsesdirektivet, uanset om man bliver forskelsbehandlet på baggrund af ens eget handicap eller andres.

Hvis det derfor slås fast, at der er tale om et handicap og hvor der enten er tale om direkte diskrimination eller indirekte diskrimination der ikke lever op til proportionalitetstesten, skal de nationale domstole pålægge sanktioner. Generelt bliver håndhævelsesspørgsmål overladt til

medlemsstaterne og ikke EUD, men der er dog fastsat minimumskrav i beskæftigelsesdirektivet til denne sanktion. EUD har dog i Asociația Accept slået fast, at en advarsel ikke opfyldte de tre kriterier.

3. Den danske retsstilling og fortolkningsbidrag før Ring-Werge

Efter at have undersøgt grundlaget for godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap i EU og FN, vendes blikket nu mod den danske retsstilling på området, og om hvorvidt Danmarks opfattelse af retsstillingen og handicapbegrebet før Ring-Werge afgørelsen stemmer overens med EU – og folkeretten på området.

3.1. Forskelsbehandlingsloven

Den danske forskelsbehandlingslov implementerer beskæftigelsesdirektivet, og forskelsbehandlingsloven gengiver mere eller mindre beskæftigelsesdirektivets bestemmelser. Der er dog en stor forskel mellem forskelsbehandlingslovens kapitel 4 om godtgørelse og beskæftigelsesdirektivet. Kapitlet beskriver, at ved overtrædelse af loven, kan personer der er krænket tilkendes en godtgørelse. Kravene til sanktionerne i artikel 17 i beskæftigelsesdirektivet er ikke kommet med i den danske implementering.

Ligesom beskæftigelsesdirektivet er forskelsbehandlingsloven tavs omkring fortolkningen og omfanget af handicapbegrebet. Når der er tvivl om fortolkning af et direktivet, er der som nævnt i juridisk metode pligt for medlemsstaterne til EU-konform fortolkning.

3.2. Bemærkningerne til lovforslaget

I Danmark tillægges forarbejder stor betydning, som i dette specifikke tilfælde udgøres af bemærkningerne til lovforslaget, da Danmark som civil-law retssystem ikke overlader det til domstolen at fortolke begreber, men i stedet ser på alle dele af lovene og traditionerne indenfor området.

Bemærkning til den nuværende forskelsbehandlingslov § 1²⁴ henviser til handicap som hvor der må *”kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i tilsvarende livssituation”*²⁵

²⁴Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. LFF2004-2005.1.92

²⁵ L 92, Bemærkninger til forslag nr. 2, FT side 2704

Forarbejderne henviser til handicapbegrebet som det forstås i den danske social- og arbejdsmarkedslovgivning²⁶, og anfører, at direktivet ikke ændrer ved den danske forståelse af handicapbegrebet fra sociallovgivningen²⁷.

Forskellen på socialområdet og området for forskelsbehandlingsloven er, at der netop er tale om en kompensationsstilgang til handicappede som der benyttes for at fastslå om vedkommende har behov for hjælpemidler, og ikke en ligebehandlingstilgang. Derfor er det problematisk at benytte sociallovgivningens brug af handicapbegrebet på forskelsbehandlingslovens område, da handicapbegrebet i sociallovgivningen må antages at være snævrere end hvad der er ment i beskæftigelsesdirektivet²⁸.

Bemærkningerne til lovforslaget henviser desuden også til FN's standardregler om lige muligheder for handicappede²⁹. Af forarbejderne fremgår det, at

”FN's forståelse af handicapbegrebet sigter mod konsekvenserne af funktionsnedsættelsen, hvorfor en funktionsnedsættelse kan være mere eller mindre handicappende i forhold til et arbejde”^{30,31}.

Denne forståelse af handicapbegrebet stemmer bedre overens med den der benyttes i beskæftigelsesdirektivet, da denne bedre matcher rimelig tilpasnings-tilgangen, i og med de begge tager hensyn til det specifikke arbejde i forhold til den handicappedes funktionsnedsættelse.

Det fremgår yderligere af bemærkningerne, at kompensationsbehovet ikke er afgørende for beskyttelsen³². Denne tilføjelse kom til noget tid efter den første. Den senere tilføjelse til bemærkningerne kan være udtryk for et bevidst ryk væk fra begrebets tilknytning til den sociale lovgivning, og en anerkendelse af, at formålet med beskæftigelsesdirektivet, og derved også forskelsbehandlingsloven er ligebehandling gennem bekæmpelse af forskelsbehandling, og ikke ligebehandling gennem compensation, som er formålet i den sociale lovgivning³³.

Af bemærkningerne til lovforslaget til forskelsbehandlingsloven kan derfor udledes følgende definition af handicap-begrebet:

- Der skal foreligge en funktionsnedsættelse
- Denne kan være mere eller mindre handicappende i forhold til et konkret arbejde
- Der skal være et konkret behov for compensation

²⁶ Lov om aktiv beskæftigelsesindsats, lov om compensation til handicappede i erhverv m.v. og lov om social service.

²⁷ Sociallovene udgøres i denne sammenhæng af kompensationsloven og lov om aktiv beskæftigelsesindsats.

²⁸ Argumenteres bl.a. for i U.2008B.302 og U.2010B.115

²⁹ Resolution 48/96 fra 1993

³⁰ 92, Bemærkninger til forslag nr. 2, FT side 2704

³¹ ”Handicap og diskrimination på arbejdsmarkedet” af Pia Justesen, s. 2, U.2008B.302

³² L 92, Bemærkninger til forslag nr. 2, FT side 2704

³³ Problemstillingen er desuden diskuteret af Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum i U.2010B.115

De to første kriterier stemmer overens med forståelsen i EU og FN, hvorimod det sidste stammer fra den danske sociallovgivning.

Rimelig tilpasning efter beskæftigelsesdirektivet kan bestå af nogle af de samme midler som den sociale lovgivning giver mulighed for, eks. personlig assistance og hjælpemidler. Forskellen er, at man i bemærkningerne stiller krav om kompensationsbehov før der kan foreligge et handicap, hvor man i beskæftigelsesdirektivet primært fokuserer på funktionsnedsættelsen og sekundært på om virksomheden har foretaget rimelig tilpasning.

3.3. Dansk retspraksis hvor der ikke blev fastslået handicap

De danske domstole har i mange sager slået fast, at der ikke er tale om forskelsbehandling af en handicappet ved afskedigelsen af vedkommende. I en stor andel af disse er grundlaget for dette udfald at den ansatte ikke opfylder kravet om kompensationsbehovet.

U.2009.2793 S drejer sig om hvorvidt en ansat med skuldersmerter var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, og derfor var uretmæssigt opsagt efter det forkortede varsel i funktionærloven § 5, stk. 2. Sø – og handelsretten slog fast, at selvom den ansatte havde nedsat funktionsevne, var der ikke tale om et kompensationsbehov som nævnt i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, og den ansatte var derfor ikke beskyttet som handicappet.

I U.2009.1966 V fastslog landsretten, at den ansatte der led af følger efter et elektrisk stød, led af en sygdom og var derfor ikke beskyttet som handicappet efter forskelsbehandlingsloven, da der, selvom der var tale om funktionsnedsættelse, ikke var tale om kompensationsbehov. Domstolen henviser til handicapbegrebet i Chacòn Navas, selvom EUD i denne dom dog ikke nævner kompensationsbehov som krav til at fastslå tilstedeværelsen af et handicap. Den ansatte fik dog en godtgørelse efter funktionærloven § 2b for usaglig opsigelse, hvilken er betydelig mindre end godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven.

Derudover er kompensationsbehovet også i to domme fra Vestre Landsret³⁴ fra 2007 og 2008 blevet brugt til at argumentere for, at der ikke var tale om handicap. I de to domme, der omhandler posttraumatisk stresssyndrom og sklerose, fandt Vestre Landsret frem til, at der var tale om en funktionsnedsættelse, men at der ikke forelå det nødvendige kompensationsbehov. I begge sager slog domstolen fast, at der ikke foreligger handicap, når funktionsnedsættelsen alene kan kompenseres med nedsat arbejdstid. I dommen fra 2007 henviser domstolen til betragtning 20 i direktivet, hvor der bliver nævnt eksempler på tilpasningsformer der kan kræves af arbejdspladsen, som ikke nævner nedsat arbejdstid som eksempel.

³⁴ Vestre Landsrets dom af 11. oktober 2007 (VL B-2722) og U.2008.306 V. Disse er af ældre dato, men relevante grundet stærke paralleller til Ring-Werge.

De to vestre landsrets domme er kritiseret af Linda Rudolph Greisen³⁵, der mener domstolene i stedet for først at se på om vedkommende er handicappet og efterfølgende bedømme om der er sket rimelig tilpasning, skal benytte bedømmelsen af rimelig tilpasning til at vurdere om der er sket diskrimination af den handicappede. Denne argumentation stemmer overens med den i FN's standardregler.

Gennemgående for dommene er, at domstolene benytter det snævre handicapbegreb fra forarbejderne til forskelsbehandlingsloven. Dette kan tale for, at man, for at være beskyttet af forskelsbehandlingsloven, skal lide af et traditionelt handicap der er synligt og kræver kompensation. Bemærkelsesværdigt er det, at domstolene fortsat benytter kompensationsbehovet som krav til at der er tale om handicap, selvom det fremgår af forarbejderne, at dette ikke er et krav, og at denne tilgang ikke er benyttet i EU-regi.

3.4. Dansk Retspraksis hvor der blev fastslået handicap

I U.2013.2473 Ø fandt landsretten, at der forelå direkte diskrimination af den ansatte efter forskelsbehandlingsloven, da dennes sklerose udgjorde funktionsnedsættelse med kompensationsbehov, og derfor var handicappet. Dommen kan sammenlignes med Vestre landsrets dom³⁶ som omtalt ovenfor, der også omhandlede diskrimination af en medarbejder med sklerose. Årsagen til at Østre Landsret konkluderede det modsatte af Vestre Landsret er, at der i denne sag var tale om andet kompensationsbehov end blot nedsat arbejdstid, da kompensationsbehovet i denne dom også bestod af personlig assistance og indretning af arbejdspladsen

U.2009.1948 S drejede sig om hvorvidt en person med rygproblemer var omfattet af beskyttelsen af handicappede. Domstolen slog fast, at den ansatte havde en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov, for at han kunne fungere på lige fod med de andre ansatte og arbejdspladsen havde ikke opfyldt forpligtelsen til rimelig tilpasning. Årsagen til resultatet af denne dom, er formodentligt at der var tale om et andet, og mere materielt kompensationsbehov end nedsat arbejdstid. Selvom domstolen her lægger vægt på kompensationsbehovet, sammenlignes den ansatte med de andre ansatte og derved arbejdsmiljøet generelt, hvilket også ses af FN's handicapbegreb i deres standardregler. Sagen kan med rette sammenlignes med Vestre Landsrets dom af 1. oktober 2007 i hvilken den ansatte led af rygsmerter og hvor landsretten fandt frem til, at nedsat arbejdstid ikke udgjorde et kompensationsbehov.

I dommene U.2011.2880 Ø og U.2010.2303 Ø når østre landsret frem til, at der foreligger handicap hos den ansatte, eftersom der foreligger både funktionsnedsættelse og kompensationsbehov.

³⁵ Juristen nr. 6, 2008, s. 173

³⁶ U.2008.206 V

I U.2010.2610 V bliver handicapbegrebet ikke diskuteret, og der sættes heller ikke spørgsmålstegn ved hverken funktionsnedsættelse eller kompensationsbehov. Den ansatte fandtes dog at være forskelsbehandlet grundet hendes søns handicap (ADHD).

I modsætning hertil, bliver handicapbegrebet diskuteret af vestre landsret i U.2010.1748 V hvor de slår fast, at der var tale om en varig funktionsnedsættelse, og at den ansatte var derfor handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Landsretten benytter derfor ikke i denne dom kompensationstilgangen som den ellers tidligere har benyttet.

Når der ses bort fra dommene U.2010.2610 V og U.2010.1748 V, kan der efter dansk retspraksis stilles to krav til, om der foreligger diskrimination af handicappede efter forskelsbehandlingsloven:

- Der skal foreligge en funktionsnedsættelse
- Der skal være kompensationsbehov af en vis grad.

Denne forståelse er næsten i overensstemmelse med forarbejderne til forskelsbehandlingsloven.

Forskellen består i, at forarbejderne nævner at kompensationsbehovet ikke er et krav, og at der funktionsnedsættelsen kan udgøre et stort eller lille handicap i forhold til et bestemt arbejde, hvilket ikke er en tilgang der er benyttet i dansk retspraksis, hvis der ses bort fra U.2009.1948 S som et særtilfælde.

At domstolene benytter kompensationstilgangen til handicapbegrebet er problematisk, da denne ikke stammer fra EU, men kommer fra den danske sociallovgivning. Da de to lovgivningsområder har forskelligt formål, beskæftigelsesdirektivet sikrer ligebehandling og ikke – diskrimination og social – og arbejdsmarkedslovgivningen sikrer kompensation, hvorfor det ikke er logisk at adoptere kompensationstilgangen til forskelsbehandlingsloven. Derudover benytter EUD i Chacòn Navas ikke kompensationsbehov som et kriterium for at kunne anses for at være handicappet.

Det første af de to krav minder til dels om dem der er beskrevet i FN's Standardregler, forskellen er, at FN i standardreglerne ikke stiller krav til kompensationsbehovet.

3.5. Godtgørelse

Efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1 kan personer "... hvis rettigheder er krænket ... tilkendes en godtgørelse".

Sammenlignet med de tre kriterier der ovenfor er udledt som krav til godtgørelsesniveauet, er den danske implementering af beskæftigelsesdirektivet art. 17 mindre konkret i forbindelse med kravene til godtgørelsen. Da direktiver ikke skal implementeres ordret i den nationale lovgivning, men kun er bindende i forhold til mål, er det ikke en nødvendighed at forskelsbehandlingsloven indeholder præcis samme specificering af godtgørelsesniveauet, så længe godtgørelsesniveauet i praksis lever op til kravene.

Det er ikke i forskelsbehandlingsloven bestemt hvordan godtgørelsen bør fastsættes. Der har imidlertid udviklet sig en praksis for, at godtgørelser efter forskelsbehandlingsloven fastsættes på samme måde som efter ligebehandlingsloven, der i § 16, stk. 3 bestemmer, at godtgørelsen ved uretmæssig afsked bør fastsættes efter ansættelsestiden og omstændighederne i øvrigt.

I dansk retspraksis efter ligebehandlingsloven er der blevet udviklet en fast praksis hvorefter godtgørelsen i forbindelse med uretmæssig afsked efter forskelsbehandlingsloven fastsættes til enten 6, 9 eller 12 måneders løn.

I dansk retspraksis er der givet følgende godtgørelser siden 2009 (året inklusiv) og indtil Ring-Werge afgørelsen:

Sag	Godtgørelse	Antal måneders løn	Sygdom	Begrundelse for godtgørelse
U.2013.2473 Ø	180.000 kr.	6 mdr.	Sklerose	5 års anciennitet
U.2011.2880 Ø	150.000 kr.	6 mdr.	Hørenedsættelse	2 års anciennitet
U.2010.2610 V	180.000 kr.	9 mdr.	Søn med kronisk sygdom	1 års anciennitet
U. 2010.2303 Ø	40.000 kr.	Ikke angivet	Epilepsi	1 års anciennitet
U.2010.1748 V	250.000 kr.	9 mdr.	Hjerneskade	33 års anciennitet
U.2009.1948 S	97.200 kr.	6 mdr.	Rygskade	Sagens omstændigheder – 1 års anciennitet

Når domstolene fastsætter godtgørelsen efter sagens omstændigheder, vurderer de alvorligheden af overtrædelsen af forskelsbehandlingsloven, og hvor grov diskrimination der er tale om. Det er derfor kun muligt at opnå en høj godtgørelse med lav anciennitet, hvis der foreligger meget krænkende omstændigheder.

Når der ses på ancienniteten ses der på den ansattes skade, og når der tales om sagens omstændigheder er der fokus på alvoren af virksomhedens overtrædelse. Domstolene tager ikke med i betragtning, at godtgørelsen skal have afskrækkende virkning eller være effektiv. Dette skyldes, at domstolene har fastholdt fastsættelsen af godtgørelse fra dansk retspraksis for usaglig afsked i funktionærlovens § 2b samt praksis om ligebehandlingsloven, og ser derfor ikke på beskæftigelsesdirektivets bestemmelser om godtgørelsesniveauet. Ingen af de nævnte love nævner kravene til godtgørelsen der fremgår af beskæftigelsesdirektivet.

3.6. Konklusion

Det kan derved konkluderes, at der efter dansk ret er to kriterier der skal opfyldes før en person kan karakteriseres som handicappet, nemlig at personen har en funktionsnedsættelse og at denne funktionsnedsættelse afføder et kompensationsbehov. Denne fortolkning af handicapbegrebet er fastslået i bemærkningerne til forskelsbehandlingsloven og benyttes i dansk retspraksis, selvom bemærkningerne senere blev ændret til at fastslå, at kompensationsbehovet ikke er et kriterium for at fastslå tilstedeværelsen af handicap. Denne fortolkning er smallere end den miljøbestemte fortolkning af handicapbegrebet, hvor handicappet bedømmes udelukkende ud fra personens funktionsnedsættelse og hvorvidt denne hindrer vedkommende i at deltage i samfundslivet på lige fod med andre, der benyttes af FN og af EUD³⁷.

Da definitionen af handicapbegrebet er essentiel for at fastslå om der er sket forskelsbehandling efter beskæftigelsesdirektivet, og om der derved kan fastsættes godtgørelse, kan det være problematisk at der benyttes forskellige tilgange til handicapbegrebet, da det kan sætte spørgsmålstegn ved retssikkerheden. Derudover fastsættes godtgørelser for uretmæssig afsked af handicappede efter retspraksis fra ligebehandlingsloven og ikke under hensyn til kriterierne om effektivitet, afskrækkende virkning og forholdsmæssighed efter beskæftigelsesdirektivet.

4. Den præjudicielle afgørelse i Ring-Werge og dens betydning, samt den nye afgørelse om fedme

Forskellen mellem fortolkningen af handicapbegrebet i dansk ret og opfattelsen af begrebet i EU var årsagen til, at Sø – og Handelsretten i 2010 stillede spørgsmålstegn ved fortolkningen af handicapbegrebet, og sendte sagerne om Ring-Werge til præjudiciel afgørelse ved EUD. Sø – og Handelsretten stillede i denne sammenhæng specifikt spørgsmålstegn ved det danske krav om kompensationsbehov for at fastslå tilstedeværelsen af et handicap.

4.1. Den præjudicielle afgørelse i Ring - Werge

De forenede sager C-335/11 og C-337/11 startede, da HK³⁸ i 2006 anlagde sager ved de danske domstole på vegne af Jette Ring og Lone Skouboe Werge med påstand om godtgørelse på baggrund af uretmæssig afsked efter den danske ligebehandlingslov³⁹. De to kvinder med hhv. piskesmældsskade og slidgigt var blevet opsagt på baggrund af det forkortede opsigelsesvarsel i funktionærloven § 5, stk. 2,

³⁷Specifikt i Coleman. Der vil kunne argumenteres for, at denne tilgang også benyttes i Chacòn Navas, da der her ikke stilles krav til størrelsen af funktionsnedsættelsen.

³⁸Handels – og kontorfunktionærernes Forbund Danmark

³⁹Nu forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 (afskedigelse).

hvorefter man kan afskediges med et varsel på 1 måned hvis man har haft 120-dages sygefravær i 12 sammenhængende måneder, og dette er fastsat i ansættelseskontrakten. I begge tilfælde var det fastsat i ansættelseskontrakten, at funktionærloven § 5, stk. 2 gjorde sig gældende. Arbejdsgiverne mente ikke, at de ansatte kunne betragtes som handicappede, da det eneste kompensationsbehov nedsat arbejdstid, og at dette desuden ikke hørte under foranstaltninger der kan kræves efter beskæftigelsesdirektivets artikel 5.

Spørgsmålene i sagen var⁴⁰:

1. Hvorvidt en sygdom kan udgøre et handicap i direktivets forstand, set i lyset af præmis 45 i Chacòn Navas.
 - Hvorvidt en person med varig funktionsnedsættelse, som ikke kræver andre hjælpemidler end nedsat arbejdstid kan anses for at være handicappet.
2. Hvorvidt reduktion i arbejdstiden kan anses som en foranstaltning der er omfattet af rimelig tilpasning i direktivets artikel 5
3. Hvorvidt funktionærlovens 120-dages regel er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling grundet handicap, når fraværet skyldes handicap eller arbejdspladsens mangel på rimelig tilpasning.

Ad 1.

EUD slår fast i de indledende bemærkninger i præmis 28, at internationale aftaler er bindende for EU institutionerne efter TEUF artikel 216, stk. 2 og at disse har forrang for EU-retsakterne. Det specificeres i præmis 30 at dette også gælder FN-konventionen, som unionsretten derfor skal fortolkes i overensstemmelse med.

EUD henviser i præmis 36 til dens fortolkning af handicapbegrebet i Chacòn Navas og stiller denne fortolkning overfor FN-konventionens i præmis 37⁴¹. Herefter kombinere domstolen i præmis 38 handicapbegrebet i Chacòn Navas med det fra FN-konventionen, således at handicap skal forstås således at handicap omfatter:

”... en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader⁴², 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”

⁴⁰Betydeligt forkortet. De fulde spørgsmål findes i præmis 26 i dommen. Sø – og handelsretten stillede oprindeligt 4 præjudicielle spørgsmål til EUD, som slog de to første sammen. Idet spm. 1 og 2 er specielt vigtig for opgavebesvarelsen, besvares de mere uddybende end spm. 3.

⁴¹ Se afsnit om FN-konventionen

⁴²Det er denne første del der stammer fra Chacòn Navas, og den efterfølgende del der kommer fra FN-konventionen

Denne funktionsnedsættelse skal desuden være langvarig jf. præmis 39 der henviser til FN-konventionens art. 1, stk. 2. Domstolen slår endvidere fast i præmis 41 og 42, at hvis en sygdom udgør en sådan begrænsning og hvor man samtidig ikke kan deltage i arbejdslivet på lige fod med andre, helbredelig eller uhelbredelig, kan den udgøre et handicap.

EUD tager direkte afstand til at handicap kun bør omfatte de ”klassiske” typer af handicap hvor der er tale om et handicap ”der er medfødt, eller som skyldes ulykker” i præmis 40. De tiltræder her generaladvokatens præmis 30.

Herefter svarer EUD direkte på anden del af det første spørgsmål i præmis 43, at nedsat arbejdstid udgør en tilstrækkelig begrænsning til at kunne udgøre en funktionsnedsættelse, og dermed at den ansatte kan anses som handicappet. Dette skyldes, at handicap omfatter:

”en gene for udøvelsen af en erhvervsmæssig aktivitet, og ikke som anført af DAB og af Pro Display, således, at det er umuligt at udøve en sådan aktivitet”

jf. præmis 44. EUD bemærker endvidere, at hvis man, for at blive anset for at være handicappet, slet ikke skulle kunne arbejde, ville det at være handicappet ikke kunne forenes med direktivets mål, som bl.a. er at give handicappede personer adgang til beskæftigelse eller til at udøve den.

EUD fortsætter i samme boldgade, og slår fast i præmis 45 og 46 at konstateringen af om der foreligger handicap afhænger

”ikke af karakteren af tilpasningsforanstaltningerne, såsom anvendelsen af specielt udstyr”

og at bedømmelsen af om der foreligger handicap går forud for bedømmelsen om rimelig tilpasning.

Endvidere slår de fast, at foranstaltningerne er

”en følge af og ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet handicap”.

Herved slår EUD fast, at kompensation og tilpasning udgør en forpligtelse for virksomhederne og ikke er en del af definitionen af handicap. Ved at slå dette fast, modsiger EUD tidligere dansk praksis og den i Danmark benyttede toleddede test bestående af kravet om både funktionsnedsættelse og kompensationsbehov, som beskrevet ovenfor, og gør det klart, at kompensation/tilpasningsforanstaltningen ingenting har at gøre med, om hvorvidt en person er handicappet.

De slår derfor fast⁴³, at helbredelig eller uhelbredelig sygdom kan udgøre et handicap, hvis den lever op til definitionen herpå.

⁴³ I præmis 47

Ad. 2

EUD slår her fast i præmis 49, at de nævnte eksempler på rimelig tilpasning i betragtning 20 i beskæftigelsesdirektivet ikke er udtømmende, og at det derfor er muligt med andre former for tilpasning. Derudover, beder de den nationale ret om at vurdere, om nedsættelsen af arbejdstiden er en del af begrebet "arbejdsmonstre" der nævnt i betragtning 20, og nævner, at begrebet og rimelig tilpasning generelt bør fortolkes bredt i overensstemmelse med EU-retten som helhed, direktivets generelle mål og FN-konventionens art. 2.

De nævner dog i præmis 57 og 59 undtagelserne om, at der ikke kan kræves fortsat ansættelse af en person der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen og at der ikke kan kræves rimelig tilpasning, hvis det udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiver. EUD henviser nationalretten til, at ved foretagelse af denne bedømmelse kan inddrage det faktum, at arbejdspladsen efter at have opsagt Jette Ring søgte en deltids kontorassistent, samt at Jette Ring efter opsigelsen fik deltidsjob andetsteds som hun kunne udføre. Derudover henviser de også til, at man i Danmark kan få tilskud til sådanne tilpasninger.

Domstolen fastslår derved, at nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en rimelig tilpasning jf. beskæftigelsesdirektivets artikel 5, men at det tilkommer den nationale ret at bedømme om det udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

Ad. 3

Domstolen slår først fast, at 120-dages reglen i funktionærloven ikke kan anvendes på handicappede, hvis fraværet skyldes arbejdsgiverens mangelfulde rimelige tilpasning, da det vil stride mod beskæftigelsesdirektivets artikel 5⁴⁴.

Derefter slår de fast i præmis 72, at 120-dages reglen ikke er udtryk for direkte forskelsbehandling, da man ikke bliver opsagt grundet personens handicap, men på baggrund af sygdom.

Efterfølgende slås det fast i præmis 76 at 120-dages reglen er indirekte diskriminerende, da handicappede har en stor risiko for at blive syg af en sygdom der har sammenhæng med personens handicap, og derved stilles ringere end personer uden funktionsnedsættelse.

Slutteligt bliver der diskuteret om reglen er proportionel, og derved hvorvidt den har et legitimt mål og om hvorvidt de valgte midler er hensigtsmæssige og nødvendige. Domstolen slår fast i præmis 78-83, at målet med 120-dages reglen har et legitimt mål, nemlig at tilskynde arbejdsgiverne til at ansætte syge medarbejdere, med en garanti for, at de kan afskedige dem igen, hvis der forekommer for meget sygefravær. Efterfølgende bliver det diskuteret, hvorvidt 120-dages reglen i funktionærloven § 5, stk. 2

⁴⁴Præmis 68

er hensigtsmæssig for at nå målet. Der er her to modsatrettede interesser der skal vurderes i forhold til hinanden, nemlig hensynet til arbejdsgiveren overfor den ulempe reglen udgør for de udsatte (de handicappede). EUD slår i præmis 87 at midlerne kan være hensigtsmæssig for at nå målet. Til sidst vurderes det, om reglen går ud over hvad der er nødvendigt for at nå målet. Her vurderes interesserne igen overfor hinanden, og domstolen henleder opmærksomheden på den øgede risiko handicappede medarbejdere er udsat for, men at det er op til den nationale domstol at foretage denne interesseafvejning.

Domstolen konkluderer derved på spm. 3, at såfremt en medarbejder bliver opsagt efter 120-dages reglen fordi arbejdsgiveren ikke har foretaget rimelige foranstaltninger, er det stridende mod direktivets art. 5. Derudover er 120-dages reglen indirekte diskriminerende mod handicappede, men lader det være op til den nationale domstol at foretage proportionalitetstesten.

Den præjudicielle afgørelse slår derved fast, at sygdom ikke kan sidestilles med handicap, men at sygdom kan udgøre et handicap hvis den udgør en langvarig begrænsning i forhold til omgivelserne i overensstemmelse med FN-konventionens definition af handicapbegrebet. Ved denne nye afgørelse, udviskes den tidligere klare grænsedragning mellem sygdom og handicap fra Chacòn Navas, da sygdom nu kan udgøre et handicap.

Domstolen slår derved fast, at der er tre krav til om en person kan anses som handicappet:

- Der foreligger en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader. Dette kan inkludere lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom
- Denne begrænsning er en potentiel hindring for vedkommende i på lige fod med andre, at deltage i erhvervslivet

EUD har ikke i dommen taget stilling til varigheden af funktionsnedsættelsen.

Domstolen tager ved denne tilgang afstand fra den klassiske og tidligere opfattelse af, at handicap er synligt og alene omfatter medfødt handicap eller handicap som skyldes ulykker. Domstolen påpeger desuden, at man, for at der er tale om et handicap, ikke skal være afskåret fra at arbejde, da dette ville stride mod formålet med direktivet.

Denne tilgang til handicapbegrebet er i overensstemmelse med den i FN-konventionen, selvom der er forskel på de specifikke ord.

4.2. Godtgørelse

EUD tager ikke i Ring-Werge stilling til godtgørelsen, eller dennes størrelse, da SØ – og Handelsretten ikke har stillet spørgsmål herom.

Derudover er der flere grunde til, at EUD ikke udtaler sig om godtgørelsesniveauet, og generelt ikke gør

det. En af disse grunde er, at EU efter princippet om kompetencetildeling jf. artikel 5 TEU kun handler indenfor de beføjelser der er givet til dem i traktaterne. Da der hverken i artikel 19 TEUF eller i beskæftigelsesdirektivet er fastsat konkret godtgørelsesniveau eller udregningsmetode, kan EU ikke agere indenfor dette felt. EUD kan dog godt træffe afgørelse om hvorvidt godtgørelsen efter en national regel lever op til kriterierne, som var spørgsmålet i *Asociatia Accept*.

Derudover er arbejdsmarkedspolitikken et område hvor EU har delt kompetence med medlemsstaterne jf. artikel 4 TEUF, hvilket har den praktiske betydning, at medlemsstaterne kan udøve sin kompetence på området, medmindre unionen har udøvet sin, jf. artikel 2 TEU. Da EU har vedtaget beskæftigelsesdirektivet på området med delt kompetence, betyder det, at Danmark er forpligtet til at følge dette på området for beskæftigelse, jf. også artikel 335 TEUF.

I øvrigt er det i artikel 288 TEUF bestemt, som nævnt i metodeafsnittet, at medlemsstaterne bestemmer mål og midler ved gennemførelsen af direktiver, så længe målene med direktivet bliver opfyldt. Dette har den betydning, at Danmark selv kan bestemme typen og størrelsen af sanktionen, så længe den lever op til de tidligere beskrevne krav i beskæftigelsesdirektivet.

Til sidst skal det bemærkes, at EUD jf. artikel 267 TEUF kun har kompetence til at fortolke og vurdere de præjudicielle spørgsmål fra de nationale domstole samt tage stilling til konkrete retsregler⁴⁵. De har derved ikke kompetence til at gå ind og dømme i konkrete sager fra de nationale domstole.

Derved må det sammenfattes, at det er medlemsstaternes har kompetence til at fastsætte hvilken type sanktion de ønsker at benytte, samt størrelsen af denne, så længe den er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.

4.3. Ring-Werge afgørelsens betydning for Danmark

Da EUD i Ring-Werge slår fast, at handicapbegrebet omfatter langvarigt helbredelige eller uhelbredelige syge, med begrænsning i forhold til omgivelserne, og at nedsættelsen af arbejdstiden kan være en af de tilpasningsforanstaltninger der kan kræves efter direktivets artikel 5, modsiger den størstedelen af tidligere dansk praksis. Dette ses især, hvis Vestre Landsrets domme fra 2007 og 2008⁴⁶ stilles overfor Ring-Werge afgørelsen. I de to vestre landsret domme, fastslår landsretten at der foreligger en funktionsnedsættelse, men at der ikke er tale om handicap, da nedsat arbejdstid ikke udgør et kompensationsbehov. Ifølge Ring-Werge afgørelsen, er dette ikke en del af de to krav til hvorvidt der foreligger handicap, men derimod en del af bedømmelsen om der er foretaget tilstrækkelig rimelig tilpasning efter artikel 5. Domstolen trækker derfor en tydelig grænse mellem de to former for bedømmelser. Derudover slår domstolen fast, at nedsat arbejdstid kan være en af de påkrævede

⁴⁵ Se desuden afsnit 2.8 om godtgørelse og EU's kompetence på området

⁴⁶ Vestre Landsrets dom af 11. oktober 2007 (VL B-2722) og U.2008.306 V.

foranstaltninger efter beskæftigelsesdirektivets artikel 5 selvom den ikke er nævnt i betragtning 20 i direktivet, da denne betragtning ikke er udtømmende og i øvrigt skal fortolkes bredt. Modsat dette, slog vestre landsret fast i de to domme, at nedsat arbejdstid ikke er en af foranstaltningerne der kan påkræves, da de ikke er nævnt i betragtning 20. Vestre landsret har i dommene brugt nedsat arbejdstid til både at fastslå at der ikke var tale om handicap, og at arbejdspladsen ikke kunne kræves at give de pågældende arbejdstagere nedsat arbejdstid efter artikel 5. Derfor er det sandsynligt, at de to vestre landsret domme, og eventuelt en del af de andre domme hvor der ikke blev fastslået handicap, ville have fået et andet udfald, hvis bedømmelsen af kompensationsbehovet kun var benyttet til at fastslå om der var foretaget rimelig tilpasning efter artikel 5, og ikke til at bedømme hvorvidt den ansatte var handicappet efter artikel 1.

4.4. Afgrænsning overfor sygdom – Formålet med direktiv 2000/78s

I den præjudicielle afgørelse Ring-Werge slog EUD fast, at sygdom kan udgøre et handicap, hvis denne er af langvarig karakter og i øvrigt lever op til definitionen af et handicap. Jf. ovenstående om godtgørelse, har EU's institutioner ikke kompetence til at træffe foranstaltninger på området for sygdom jf. artikel 19 TEUF modsætningsvis. Hvis der derimod er tale om handicap og ikke sygdom, uanset om handicappet skyldes sygdom, er det indenfor EU's kompetenceområde, men hvis der udelukkende er tale om sygdom, er det altså udenfor kompetenceområdet. Ved derfor at fortolke handicapbegrebet bredt, bliver EU's kompetenceområde udvidet tilsvarende.

Efter hvad der normalt forstås indbegrebet af sygdom, er det svært at komme med eksempler på tilfælde hvor en handicappet ikke også vil kunne karakteriseres som syg. På trods af dette sammenfald, som formodentlig også er årsagen til at EU har ændret deres opfattelse af handicapbegrebet, fastslog EUD i Chacón Navas, at handicapbegrebet ikke omfattede syge jf. præmis 44. Sammenfaldet er formodentlig årsagen til at EUD ændrede denne skarpe adskillelse i Ring-Werge.

Formålet med beskyttelsen af personer mod forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, er at beskytte disse formodentligt udsatte grupper mod diskrimination.

Årsagen til at sygdom ikke fremgår af formålet, er at der ikke er kompetence til at handle indenfor dette område og har den effekt, at syge ikke er beskyttet ligesom de andre grupper der er nævnt.

Når man ser på det bagvedliggende formål med både artikel 19 i TEUF og artikel 1 i beskæftigelsesdirektivets, kan man undre sig over, at man ikke har valgt at inkludere syge, da det nu efter reglerne er i orden at afskedige medarbejdere hvis de lider af en sygdom der ikke lever op til betingelserne for at være et handicap. Et grænsetilfælde kunne eksempelvis omfatte en række livsstilssygdomme som eksempelvis fedme og de her af afledte sygdomme.

Da der som tidligere nævnt er delt kompetence indenfor området for social – og arbejdsmarkedspolitik, og da EU har udøvet sin kompetence, kan Danmark ikke udøve sin kompetence på området. Da beskæftigelsesdirektivet imidlertid er et minimumsdirektiv jf. dettes betragtning nr. 28, ville det være muligt for medlemslandene at vedtage beskyttelse af syge på lige fod med de andre beskyttede kriterier. Dette har Danmark ikke gjort, formodentlig da det ville være en for stor byrde for arbejdsgiverne at bære.

4.5. Generaladvokaten i C-354/13

Denne sag omhandler hvorvidt Karsten Kaltoft der blev opsagt som dagplejer i Billund kommune på grund af sin fedme, blev forskelsbehandlet på grund af handicap. Det essentielle i sagen er hvorvidt fedme udgør et handicap. Karsten Kaltoft havde ikke på noget tidspunkt i sin ansættelse vejlet under 160 og var 172 cm. høj, og har derved ikke haft en BMI på under 54.

Præjudicielle spørgsmål der blev stillet:

1. Hvorvidt der er forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme i EU-retten
2. Om et sådan forbud er direkte anvendeligt overfor en dansk myndighed
3. Om der ved et sådant forbud er tale om delt bevisbyrde
4. Om fedme udgør et handicap efter beskæftigelsesdirektivet.

EUD slog de første tre spørgsmål sammen, da de alle omhandlede hvorvidt der i EU-retten eksisterer et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme.

Ad. 1-3

Generaladvokaten kommer ved dette punkt frem til, at EU-retten ikke kan fortolkes på en sådan måde, at der eksisterer et selvstændigt forbud mod forskelsbehandling grundet fedme.

Ad. 4

N. Jääskinen slår fast, at beskæftigelsesdirektivet ikke henviser til national ret ved fortolkning af handicapbegrebet i præmis 29. Han modsiger derfor tidligere dansk praksis med at fortolke handicapbegrebet efter dansk praksis indenfor sociallovgivningen. N. Jääskinen benytter samme tilgang til handicapbegrebet som EUD benyttede i Ring-Werge, hvilket er beskrevet i præmis 30 og henviser i denne sammenhæng til FN-konventionen. Han nævner yderligere, at et handicap ikke behøver at udgøre en hindring, men blot at gøre deltagelsen i erhvervslivet vanskeligere og mere krævende ved eksempelvis at påvirke bevægeligheden, jf. præmis 44. Han påpeger, som det også blev påpeget i Ring-Werge i præmis 46, at handicap er gener i forbindelse med erhvervsmæssig aktivitet og ikke kun omfatter omstændigheder hvor det er umuligt at udøve denne aktivitet. Interessant er det, at N.

Jääskinen benytter WHO's klassifikation⁴⁷ af fedme og diskuterer hvorvidt de forskellige klasser kan udgøre et handicap i præmis 50-56. Han påpeger her, at en klassificering som fed ikke i sig selv kan udgøre et handicap, men at ekstrem fedme i samspil med forskellige barrierer i overensstemmelse med handicapbegrebet i FN-konventionen kan gøre, at en person er beskyttet efter beskæftigelsesdirektivet. Han tager konkret stilling til i præmis 56, at det formodentlig kun er Fedme klasse III⁴⁸ der vil kunne udgøre en tilstrækkelig begrænsning. Derudover slår han i præmis 58 fast, at definitionen af handicap ikke indeholder et krav om et funktionsnedsættelsen er selvpåført. Årsagen til dette er formodentlig, at mange har en opfattelse af, at handicap ikke er selvforskyldt, og at dette spørgsmål også har været rejst i sagen. Han tager desuden skridtet videre i præmis 59, og diskuterer handicapbegrebet i forhold til alkoholisme og stofafhængighed.

N. Jääskinen når til sidst frem til, at svær fedme kan udgøre et handicap hvis det lever op til definitionen af et sådant som det forstås i Ring-Werge, men lader det være op til den nationale domstol at vurdere om dette er tilfældet.

4.6. Konklusion

I den præjudicielle afgørelse Ring-Werge, stillede Sø – og Handelsretten spørgsmålstejn ved den danske måde at fortolke handicapbegrebet på og den danske kompensationstilgang til beskyttelsen. EU domstolen kom frem til, at handicapbegrebet bør fortolkes udvidende, således som det er blevet i EU-regi og henviser samtidig til FN-konventionen. EUD udtaler konkret, at der ikke eksisterer et krav om kompensation for at en given person kan betragtes som handicappet. EUD afgrænser i dommen handicap overfor sygdom, da syge ikke er beskyttet, og da EU ikke har kompetence til at regulere på området, men fastholder at sygdom kan udgøre et handicap. Dette gentages til dels i den senere præjudicielle afgørelse hvor N. Jääskinen udtaler, at arbejdstagere ramt af sygdom ikke er beskyttet mod forskelsbehandling, men at fedme i visse tilfælde, og i et tilfælde som det foreliggende, kan udgøre et handicap som begrebet skal forstås i forbindelse med beskæftigelsesdirektivet.

5. Dansk retspraksis efter Ring-Werge

Efter EUD er kommet med sin præjudicielle afgørelse i de forenede sager Ring-Werge, er der blevet afgjort flere sager ved de danske domstole. Dette gælder ikke bare sagen om Jette Ring, men også andre. Om de danske domstole er fortsat med at benytte den danske opfattelse af handicapbegrebet eller om brugen har ændret sig efter den præjudicielle afgørelse skal undersøges. Derudover skal niveauet for godtgørelse efter afsigelsen af Ring-Werge undersøges.

⁴⁷ WHO's rapport *Obesity: preventing and managing the global epidemic*

⁴⁸ Personer med en BMI på over 40, jf. rapporten s. 9

5.1. SØ – og Handelsrettens afgørelse i sagen om Jette Ring⁴⁹

SØ – og Handelsretten afsagde d. 31. Januar 2014 dom i sagen om afskedigelsen af Jette Ring, der blev forelagt EUD til præjudiciel afgørelse.

Domstolen slår først fast i afgørelsen, at der er tale om en lægeligt diagnosticeret sygdom, som var en følge af en piskesmældsskade Jette Ring tidligere havde pådraget sig. Disse helbredsproblemer var af varig, eller i hvert fald længerevarende karakter. Domstolen slår derved fast, at der er tale om et handicap, uden direkte at tage stilling til begrænsningen i forhold til andre i erhvervslivet.

Derudover stred det mod forskelsbehandlingsloven § 2 a, at arbejdsgiveren i sagen ikke har foretaget rimelige tilpasninger på baggrund af Jette Rings nedsatte funktion. Da der i sagen aldrig var kommet nogen form for tilpasninger på banen, var det heller ikke muligt for domstolen at vurdere om disse foranstaltninger udgjorde en uforholdsmæssig stor byrde efter undtagelsen til tilpasningsforpligtelsen. Endvidere slår domstolen fast, at der ikke er grundlag for, at Jette Ring ikke skulle være egnet eller disponibel i forhold til at udføre arbejdet på opsigelsestidspunktet. De vurderer her, om arbejdspladsen er undtaget forbuddet mod diskrimination med baggrund i betragtning 17 i beskæftigelsesdirektivet. Domstolen slår slutteligt fast, at det handicaprelaterede sygefravær hos Jette Ring skyldtes virksomhedens manglende tilpasning, og at der ved at opsiges Jette Ring med forkortet opsigelsesvarsel var sket direkte forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven. Domstolen fastsatte en godtgørelse på kr. 400.740,21. Dette beløb udgjorde 12 måneders løn samt det længere opsigelsesvarsel Jette Ring gik glip af, da hun blev opsagt med en måneds varsel efter 120-dages reglen (4 måneder). Godtgørelsen blev fastsat efter ansættelsesforholdets varighed på knap syv år og sagens omstændigheder i øvrigt.

De største forskelle mellem denne afgørelse og de tidligere er at domstolen ikke her benytter kompensationsregningen til handicapbegrebet, samt godtgørelsens niveau, der er betydeligt månedsmæssigt større end i de tidligere domme hvor der blev fastslået handicap.

5.2. Anden retspraksis

U.2013.2575 H omhandlede ADHD, og hvorvidt denne tilstand udgør handicap efter forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv. Den ansatte, der havde lægeligt diagnosticeret ADHD blev bortvist efter 4 dages arbejde, da advokatfirmaet som hun arbejdede hos frygtede konflikter med deres klienter, og med baggrund i hendes behov for struktur, forudsigelighed og ro. Dommen blev først behandlet af SØ – og Handelsretten og derefter anket til Højesteret. SØ

⁴⁹ U.2014.1223 S

– og Handelsretten kom frem til, at den ansatte led af et handicap, da hun havde nedsat funktionsevne. De benytter ikke direkte kompensationsbehovet til at fastslå dette, men argumenterer for at den ansatte har ”særlige krav” som eks. støjreduktion, struktur og disponering af tid, hvilket kunne forveksles med kompensationsstilgangen til handicapbegrebet. Kompensation bliver desuden nævnt af arbejdspladsen som grund til at der ikke skulle foreligge handicap, og de mener desuden, at den godtgørelse som Sø – og Handelsretten har fastsat på 4 måneders løn (56.000 kr.) burde nedsættes, da ADHD ikke tidligere er blevet anset for at være et handicap⁵⁰. Denne noget usikre tilgang til handicapbegrebet fra Sø – og Handelsrettens side skyldes formodentlig, at de før de afsagde dommen havde sendt Ring-Werge til præjudiciel afgørelse for EUD.

Højesteret slår fast i afgørelsen, at kompensationsbehovet ikke har nogen betydning for om hvorvidt der foreligger handicap og følger derved ændringen i handicapbegrebet som fastslået i Ring-Werge.

Højesteret slår fast, at den ansatte har lægeligt diagnosticeret handicap i et omfang, så hun er omfattet af forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende direktiv. De slår derefter fast, at der forelå direkte diskrimination, da hun var opsagt på baggrund af hendes handicap, og hun tilkendtes en godtgørelse på 6 måneders løn (84.000 kr.). Højesteret nævner som begrundelse, at man følger praksis for ligebehandlingsloven.

I U.2013.2435 V kommer landsretten ikke ind på kompensationsbehovet, men slår dog fast, at der ikke er tale om diskrimination, da arbejdspladsen har forsøgt rimelig tilpasning. Det ligger derfor i dommen, at vedkommende var handicappet og at kompensationsbehovet formodentlig ikke er blevet benyttet i vurderingen af hvorvidt den ansatte var handicappet.

U.2014.990 V som blev afsagt før Sø – og Handelsrettens afgørelse i sagen om Jette Ring, omhandler hvorvidt afskedigelsen af en ansat med ryglidelser udgjorde forskelsbehandling grundet handicap i strid med forskelsbehandlingsloven. Dommen er i første instans behandlet af Retten i Randers. Retten i Randers slog fast, at der forelå forskelsbehandling grundet handicap, da den ansatte havde en funktionsnedsættelse (der var fastslået erhvervsevnetab på 15 %) og et konkret kompensationsbehov, og da arbejdsgiver ikke havde bevist at afskedigelsen var grundet i virksomhedens forhold, efter der var påvist faktiske omstændigheder. Vestre Landsret, der i øvrigt henviser til U.2013.2575 H samt Ring-Werge, slår fast, at karakteren af foranstaltningerne som arbejdsgiveren kan træffe, ikke er afgørende for om der foreligger handicap. Landsretten fastslår, at den ansatte på baggrund af de lægelige oplysninger og konkrete sygedage havde et handicap.

⁵⁰Dette blev dog fastslået i U.2010.2610, hvor der blev fastslået diskrimination grundet handicap af den ansatte, grundet sønnens ADHD. Se tidligere omtale.

5.3. Godtgørelse efter Ring-Werge

Godtgørelse i retssagerne der er afsagt efter Ring-Werge afgørelsen har fordelt sig således:

Sag	Godtgørelse	Antal måneders løn	Sygdom	Begrundelse for godtgørelse
U.2014.1223 S	400.470 kr.	12 mdr.	Rygmerter	9 års anciennitet
U.2014.990 V	200.000 kr.	9 mdr.	Rygmerter	7 års anciennitet
U.2013.2575 H	84.000 kr.	6 mdr.	ADHD	4 dages anciennitet

Den formodede årsag til at godtgørelsen i de to seneste domme er betydeligt højere end den første, er formodentlig den længere ansættelsestid. Årsagen til at der i U.2013.2575 H alligevel blev fastsat godtgørelse på 6 måneder må være grovheden af forskelsbehandlingen, da den ansatte blev bortvist med grundlag i hendes handicap. Der kan ikke med så tyndt et grundlag fastslås, om retspraksis har ændret sig med hensyn til godtgørelsesniveauet. Bemærkelsesværdigt er det dog, at der er fastsat en godtgørelse på 12 måneders løn i sagen om Jette Ring, hvilket er en høj godtgørelse sammenlignet med praksis, især på grund af sagens omstændigheder der ikke må siges at være betydeligt grove.

5.4. Konklusion

I SØ – og Handelsrettens afgørelse vedr. Jette Ring tog de EUD's afgørelse til følge, og fastslog at der forelå handicap da Jette Rings piskesmældsskade udgjorde en funktionsnedsættelse i forhold til arbejdet, da hun ikke kunne arbejde fuld tid. Domstolen slog fast, at der var sket direkte forskelsbehandling, og var derfor ikke inde på retfærdiggørelse. På denne baggrund fastsatte domstolen en godtgørelse på 12 måneders løn, som er den højeste godtgørelse for forskelsbehandling der er set i længere tid. På baggrund af denne afgørelse og de efterfølgende, kan det konkluderes at de danske domstole nu er gået væk fra compensationstilgangen, og benytter det bredere miljøbestemte handicapbegreb.

DEL III – ØKONOMISK DEL

Udover de førømtalte retssager, blev der i 2013 afgjort 23 sager om handicap af ligebehandlingsnævnet, hvoraf klager fik medhold i 6 af sagerne – og hvoraf 3 af disse omhandlede samme afskedsrunde hos samme arbejdsgiver⁵¹. Af sagerne hvor klager fik medhold var der formildende omstændigheder i tre af dem⁵² – i de andre tre sager fik klager tilkendt en godtgørelse på 9 måneders løn⁵³.

Generelt antages det, at virksomheder agerer på et givent marked med det mål at opnå økonomisk vinding. Nogen virksomheder synes måske risikoen ved at bryde loven kan være værd at løbe, og vælger derfor at bryde forskelsbehandlingsloven. Hvornår og hvorfor dette er tilfældet undersøges nedenstående, samt hvordan godtgørelse bør fastsættes for at undgå dette og hvorvidt økonomiske sanktioner er den eneste/bedste måde at styre en virksomheds handlinger, sammenlignet med konkrete alternativer. Konklusionerne drages på baggrund af relevante økonomiske teorier, hvoraf disse bygger på en del antagelser.

6. Teorier/faktorer der kan forklare årsagen til virksomheders forskelsbehandling af handicappede

Virksomheder er af natur profitsøgende, og laver derfor altid en afvejning af hvor meget de kan vinde overfor hvor meget de kan tabe ved en given handling. Fra lovgivers side kan man ændre på tabsfaktoren ved at justere godtgørelsesniveauet, og derved ændre virksomhedernes incitament. Derfor skal det undersøges hvorfor nogen virksomheder ser fordel i at forskelsbehandle handicappede samt hvordan arbejdsmarkedet bliver påvirket af reguleringen, både i form af lovgivning og overenskomster.

6.1. Konkurrenceform på arbejdsmarkedet

Den klassiske teori til at beskrive en tilstand på et marked med, er fuldkommen konkurrence. I denne teori er alle involverede parter pristagere, dvs. hverken virksomhederne eller forbrugerne kan bestemme priserne. Priserne bliver sat hvor det samlede udbud fra virksomhederne er lig den samlede efterspørgsel fra forbrugerne.

Antagelserne for at der forekommer fuldkommen konkurrence på et marked er mange, og er hovedårsagen til at fuldkommen konkurrence kritiseres for at være virkelighedsfjern. Antagelserne der er relevante i forbindelse med det danske arbejdsmarked er især homogenitet, fuldkommen information,

⁵¹ Dette gælder nr. 230/2013, nr. 229/2013 og nr. 228/2013

⁵² Som eksempelvis genansættelse i nr. 229/2013, omplacering i 228/2013 og nedlæggelse af funktion i 31/2013

⁵³ Nr. 230/2013, nr. 161/2013 og nr. 67/2013

ingen markedsmagt, ingen transaktionsomkostninger og at det ikke er nogen samordninger mellem nogen af parterne på hver side eller på tværs (mellem køber og sælger).

Hvis antagelserne fra fuldkommen konkurrence benyttes på det danske arbejdsmarked, finder man hurtigt, at det ikke er i en tilstand der kan betragtes som fuldkommen konkurrence. Arbejdskraften på det danske arbejdsmarked kan ikke betegnes som homogen, hvilket skyldes bl.a. uddannelse og personlige kvalifikationer. Selvom markedet indsnævres til eksempelvis advokatvirksomheder, vil hver advokat have personlige kendetegn der differentierer vedkommende fra resten af advokaterne.

Derudover kan arbejdsgiveren ikke gennemskue præcis hvilke kompetencer den enkelte medarbejder kan bidrage med, og selvom man kan opfange signaler om nogle af disse kvaliteter ved hjælp af jobsamtaler, tests mv., eksisterer der ikke perfekt information på markedet⁵⁴.

Markedsmagt i denne sammenhæng skal forstås som arbejdspladsen der ikke udsættes for konkurrence når det gælder et givent produkt. Dette kan eksempelvis være en arbejdsplads der har eneret til en vis gruppe/type af personer med specifik uddannelse. Arbejdspladser som politiet eller hospitaler kan nævnes som eksempel. Disse typer arbejdspladser kan dog ikke betegnes som fuldkomne monopoler, da produktet kan ændres sig – eksempelvis ved at skifte til militæret eller privathospitaler hvis prisen/lønnen bliver for lav. Derudover er der på det danske arbejdsmarked transaktionsomkostninger i forbindelse med at erhverve arbejdskraft. Disse består både af søge – og screeningomkostninger samt omkostninger forbundet med at afskedige personer.

Der hvor det danske arbejdsmarked virkelig fejler i at leve op til antagelserne for fuldkommen konkurrence, er ved antagelsen om ingen samordninger. Overenskomstdækningen i Danmark er 77 % i den private sektor og tæt på 100 % i den offentlige sektor⁵⁵. Dette udgør en samordning både mellem arbejdstagere og arbejdsgivere, da begge parter er tilknyttet forskellige samordninger på enten arbejdsgiver eller – tager siden, hvor parterne indgår overenskomster med modparten⁵⁶, og samordning på tværs. Herved bliver prisen for arbejdskraft og andre vilkår forhandlet i fællesskab og prisen for arbejdskraft bliver derved ikke sat lig den hvad der er optimalt efter udbud og efterspørgsel.

Selvom teorien om fuldkommen konkurrence ikke kan benyttes direkte på det danske arbejdsmarked, kan den benyttes til at forklare en del af fænomenerne der kan observeres.

Monopolistisk konkurrence er en videreudvikling af fuldkommen konkurrence. Her er der stadig mange udbydere, men produkterne er ikke længere homogene da der her er variation i produkterne –

⁵⁴ Dette skyldes desuden, at man aldrig kan være sikker på en medarbejders samlede lønomkostninger, barsel, sygdom mv.

⁵⁵ LO's rapport fra juni 2013 s. 44

http://www.lo.dk/Tema/TemaArkiv/2013/~media/LO/Politikomrader/Samfund_Okonomi/Rapporter_analyser/Zoom/2112_Zoom2013_elektronisk.ashx

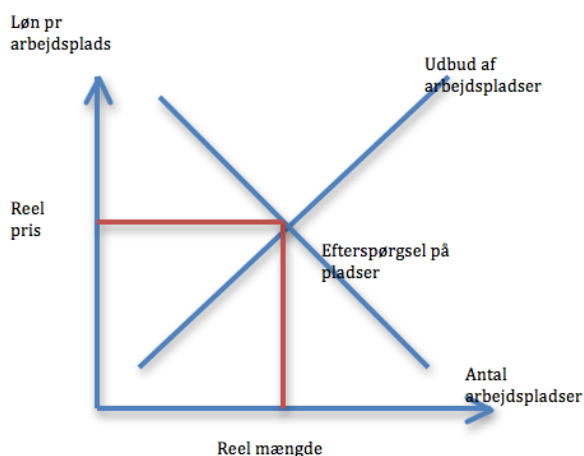
⁵⁶ Der er dog arbejdstagere der er dækket af en OK selvom de ikke er medlem af en fagforening, da de bliver dækket af en OK hvis arbejdsgiveren er det, en given OK dækker også ikke-medlemmer.

arbejdskraften. Der konkurreres ved denne konkurrenceform på pris, hvilket jo også er tilfældet på det danske arbejdsmarked.

Konkurrencesituationen på markedet bliver desuden påvirket af den økonomiske situation der hersker. Man kan derved forestille sig, at virksomhederne har forholdsvis mere markedsmagt når markedet befinder sig i lavkonjunktur, og der derved er flere arbejdsløse. Omvendt vil arbejdstagerne i tider med højkonjunktur have højere grad af markedsmagt, da der her er et stort udbud af arbejdspladser fra virksomhedernes side kombineret med lavt antal ledige. Der vil dog altid være brancher hvor enten arbejdsgiver eller – tager har højere magt⁵⁷.

Da markedet i øjeblikket er præget af lavkonjunktur, har virksomhederne en del mere markedsmagt end i tilfælde med fuldkommen konkurrence.

Hvis man antager, at virksomhedernes udbud af arbejdspladser er styret af konjunkturtilstanden på markedet, vil udbud-efterspørgsel beskrives af følgende graf:



Her er arbejdstagerne defineret som produkter og arbejdspladsen som udbyder af stillinger⁵⁸.

Grafen viser, at virksomhederne udbyder flere arbejdspladser, job højere lønnen er, hvilket er karakteristisk hvis markedet er afhængig af konjunkturtilstanden på markedet. Derudover viser den, at arbejdstagernes efterspørgsel på arbejdspladser falder med prisen, hvilket alt andet lige vil være gældende, da arbejdstagerne mister incitament til at arbejde jo lavere løn de tilbydes.

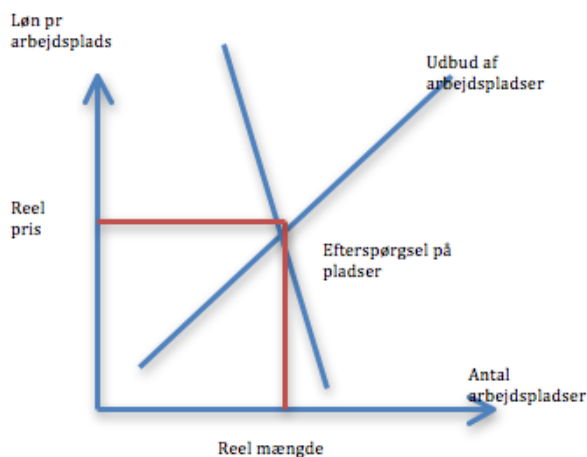
Hvis det, som det er tilfældet i Danmark i øjeblikket, er lavkonjunktur, vil virksomhederne udbyde få stillinger til lav løn, og omvendt i højkonjunktur. På grund af markedsmagten hos virksomhederne der

⁵⁷ Af eksempel på branche hvor arbejdstagerne har markedsmagt er hvor disse i høj grad er specialiserede og besidder nødvendig viden, og omvendt har virksomhederne markedsmagt i tilfælde hvor arbejdskraften er af generel karakter.

⁵⁸ På samme måde som i Grell og Rygner, s. 166.

ses i øjeblikket og at man i nogle brancher ser heterogen arbejdskraft, vil markedstilstanden variere efter hvilken branche der fokuseres på.

Det skal dog erindres, at efterspørgselskurven er mere stejl i den virkelige verden, da der er begrænsede substitutionsmuligheder for arbejdstagerne da medarbejderne ikke kan tjene penge andre steder end virksomhederne.



Dette medfører at arbejdstagerne bliver tvunget til at arbejde til en lavere løn, samtidig med at mange ikke kan få arbejde eller bliver afskediget for at ansætte mere produktive ansatte. Hvis markedet befandt sig i højkonjunktur, ville markedsmagten alt andet lige rykke over til arbejdstagerne, især hvis disse kan karakteriseres som heterogene, og de ville kunne kræve en højere løn, som også kan ses af grafen.

Antagelserne bliver i virkeligheden justeret af, at arbejdstagerne har det alternativ at gå på dagpenge, og da der ofte er fastsat minimumsløn i de forskellige overenskomster (se nedenstående afsnit).

Virksomhedernes efterspørgsel på arbejdskraft er desuden afhængig af deres kunders præferencer. Hvis virksomhedens image er vigtigt, kan det være at virksomhederne vælger ansættelse af handicappede fra, enten fordi de selv har fordomme om handicappede, eller regner med deres kunder har⁵⁹.

Derved kan markedets natur og virksomhedens profitmaksimering bevirke, at der bliver afskediget handicappede for at ansætte fuldt funktionsdygtige især i tilstande med lavkonjunktur hvor der er flere arbejdstagere at vælge imellem, både for at øge produktionen eller på grund af diskrimination fra virksomheden selv eller dennes kunder. Hvis en given virksomhed derfor har ansat en medarbejder som senere får et handicap, og har mulighed for at ansætte en mere produktiv og/eller fleksibel medarbejder, vil de foretage udskiftningen, hvis ikke man fra lovgivers side ændrer på disse incitamenter.

⁵⁹Hhv. arbejdsgiverdiskrimination og forbrugerdiskrimination, se Udsen s. 47

6.2. Effektivitetsløn

Effektivitetsløn (efficiency wage) begrebet blev først benyttet til at beskrive, hvorledes medarbejdere med forskellig produktivitet bliver lønnet med udgangspunkt i deres forskellige effektivitetsniveau.

Lønnen var derfor kun afhængig af produktivitetsniveauet⁶⁰. Senere er effektivitetsløn benyttet som et samlet begreb for teorier der forklarer, hvorfor nogen arbejdsgivere vælger at give deres medarbejdere en højere løn end hvad der er optimalt på markedet i situationer med arbejdsløshed. Til fælles for disse teorier er, at de ser arbejdsløshed som en konsekvens af at arbejdsgiverne giver en højere løn til nogen medarbejdere, og ikke som konsekvens af lavkonjunktur⁶¹. En anden antagelse er, at der eksisterer flere former for arbejdsmarkeder. Teoriene om effektivitetsløn tager udgangspunkt i et marked hvor arbejdsopgaverne er komplicerede og selvstændige, og derved svære at overvåge. På baggrund af dette, er det også dyrt at afskedige medarbejdere, da ansættelsen af nye er forbundet med store omkostninger i forbindelse med screening og træning.

Effektivitetsløn er en måde hvorpå en arbejdsgiver kan forsøge at ensrette sine incitamenter med den ansatte. Denne form for aflønning er en måde at afhjælpe problemer i forbindelse med principal-agent teorien, hvorefter arbejdsgiveren (principalen) ikke kan kontrollere den ansattes (agentens) ikke-observerbare handlinger. Problemet i denne teori er, at agenten vil gøre hvad der tjener hans egne interesser bedst, og ikke principalens, når hans handlinger ikke kan observeres. Ved at aflønne medarbejderen som beskrevet i effektivitetsløn, opnår principalen at agentens interesser bliver mere lig hans egne. Derudover opnår man desuden ved effektivitetsløn lavere kontrolomkostninger, da arbejdstagerne har lavere incitament til at snyde med deres indsats.

Der er fire overordnede årsager/kategorier til at arbejdsgiver er villig til at betale en højere løn end hvad der er bestemt af produktionen⁶²:

- The shirking model
- The labor turnover model
- Adverse selection
- Sociological models

The shirking model beskriver, at arbejdsgiverne giver deres medarbejdere en højere løn, da medarbejderne generelt har en tendens til at shirke (ikke yde deres bedste) ved udførelsen af arbejdsopgaver der ikke kan observeres. Hvis medarbejderne i dette tilfælde får en højere løn, har de mere at miste ved at blive opdaget og afskediget. Derved benytter arbejdsgiver højere lønninger til at få deres medarbejdere til at yde mere i arbejdet. Denne teori finder især anvendelse i jobsituationer hvor

⁶⁰Akerlof og Yellen s. 2

⁶¹Jf. Andrew Weiss, Akerloff og Yellen s. 103.

⁶²Akerlof og Yellen s. 4

kontrol af medarbejderne er omkostningsfuldt og hvor arbejdsformen er selvstændig og i høj grad op til medarbejdernes skøn og evne.

The labor turnover model beskriver, at arbejdsgiverne kan vælge at give deres medarbejdere en højere løn, da det er omkostningsfuldt hvis denne medarbejder siger op for at arbejde andetsteds.

Omkostninger kan udgøres af eks. omkostninger til at finde den rigtige medarbejder (screening) og oplære denne. Det antages at denne øgede løn er bestemt af den ansattes værdi på arbejdsmarkedet.

Adverse selection teorien beskriver, at virksomheden giver deres medarbejdere høje lønninger for at tiltrække den mest kvalificerede arbejdskraft, som alt andet lige tiltrækkes af høj løn. Hvis en medarbejder er villig til at arbejde for en lav løn, er det givet, at denne ikke er ligeså effektiv som dem der kræver en høj løn. Derved bliver krav om høj løn et udvælgelseskraterium (og en del af screeningprocessen).

Sociological Models er en samling af teorier der beskriver, at en given arbejdstagers indsats er afhængig af arbejdsindsatsen i vedkommendes gruppe/afdeling. En højere løn medfører en højere arbejdsindsats – eller i det mindste en forventning om en højere arbejdsindsats, som arbejdstageren, grundet menneskets natur føler sig nødsaget til at leve op til.

Hvis en medarbejder på baggrund af ovenstående modtager en højere løn end hvad der er markedsmæssigt optimalt på baggrund af produktiviteten og denne bliver handicappet, vil både medføre at vedkommendes produktivitet falder og at årsagerne til at give en højere løn forsvinder. Dette kunne eksempelvis skyldes, at den tidligere kvalificerede medarbejder ikke længere er så stort et aktiv for virksomheden som før, og det derved ikke kan betale sig for virksomheden at betale en ekstra høj løn til denne for at sikre sig den yder den optimale indsats, ikke siger op osv.

Da lønnen er højere end medarbejderes indsats, får arbejdsgiveren nu større incitament til at afskedige den handicappede, givet at dennes værdi falder som følge af funktionsnedsættelse. Dette kan eksempelvis skyldes nedsat arbejdstid og arbejdstempo, omkostningsfulde kompensationsforanstaltninger mv., der gør en fuldt funktionsdygtig medarbejder mere attraktiv.

6.3. Statistisk diskrimination

Statistisk diskrimination⁶³ opstår når arbejdsgiverne ikke på forhånd kender medarbejdernes produktivitet og derfor griber til statistiske informationer og gennemsnitsviden i et forsøg på at forudsige den specifikke medarbejders fremtidige produktivitet. Denne teori tager udgangspunkt i, at arbejdsgiverne ikke har fuldkommen information.

⁶³ Udsen s. 59

Statistisk diskrimination kan på flere punkter give anledning til diskrimination af handicappede⁶⁴ og teorien kan både forklare forskelsbehandling af handicappede i ansættelses – samt afskedigelsessituationen.

Hvis en allerede ansat medarbejder bliver syg i en sådan grad, at det juridisk set kan karakteriseres som et handicap kan arbejdsgiveren have statistisk underbyggede fordomme om at denne medarbejder i fremtiden ikke kan leve op til tidligere produktionsniveau. En forventning om at produktiviteten falder kan få arbejdsgiveren til at afskedige en medarbejder og ansætte en mere produktiv i stedet, eller alternativt give medarbejderen mindre i løn. Hvis en lavere løn ikke er mulig på grund af eks. mindsteløn i overenskomster, vil statistisk diskrimination medføre at medarbejderen kan blive afskediget på baggrund af forventet lavere produktion grundet dennes handicap.

I en ansættelsessituation vil arbejdsgiveren på baggrund af dennes forud indtagelse om lavere produktion enten ikke ansætte en handicappet medarbejder, eller alternativt give vedkommende en lavere løn. Hvis sidstnævnte ikke er muligt grundet fastsatte minimumslønninger, vil medarbejderen ikke ansætte handicappede medarbejdere.

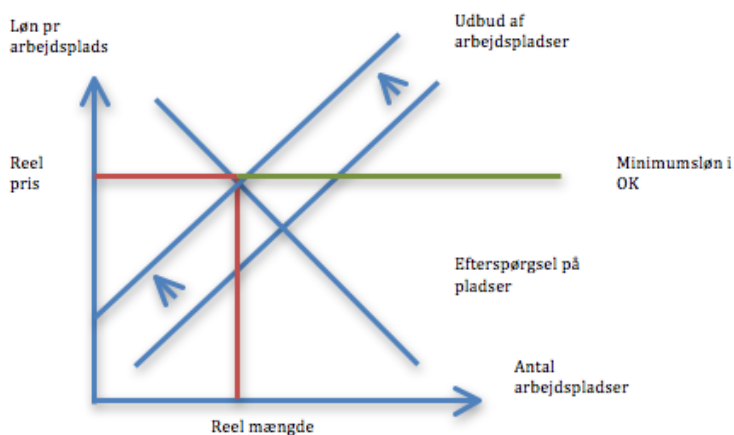
Den samlede betydning af statistisk diskrimination er, at handicappede enten kommer til at befinde sig på bestemte områder af arbejdsmarkedet, og/eller få en lavere løn. Disse konsekvenser vil ofte hænge sammen, da det kan tænkes, at handicappede medarbejdere der er udsat for statistisk diskrimination vil udføre en lavere lønnet type arbejde, og derved opstår der også segregering.

6.4. Regulering i Danmark og dennes indflydelse på arbejdsmarkedet

Det danske arbejdsmarked er karakteriseret ved den danske model, som består af, at arbejdsmarkedets parter siden industrialiseringen selv har forhandlet vilkår for markedet. Dette er primært sket gennem forskellige overenskomster, som bliver genforhandlet efter en vis fastsat periode. Da Danmark blev medlem af EU, og da EU efter en lang årrække begyndte at interessere sig for arbejdsvilkårene, blev der vedtaget direktiver der skulle implementeres i den danske lovgivning. Her var det ikke tilstrækkelig at disse blev implementeret i overenskomsterne, hvorfor man nu skal finde vilkårene for ansættelsesforholdene i både lovgivningen og overenskomsterne.

I Danmark er der ikke fastsat minimumsløn i lovgivningen, dette er oftest fastsat i overenskomsterne. Da størstedelen af de danske arbejdspladser er dækket af en overenskomst, har overenskomsterne en stor betydning. Minimumslønningerne i overenskomsterne opstiller en minimumsgrænse for lønnen.

⁶⁴ Det antages, at funktionsnedsættelsen hos handicappede medføre nedsat produktion i form af eks. mindre fleksibilitet, produktionsenhed, flere sygedage mv.



Dette vil i praksis betyde, at virksomhederne kan komme til at betale mere i løn for en medarbejder end denne producerer i tilfælde hvor medarbejderens funktion ikke kan undværes.

Derudover findes der i Danmark lovgivning der regulerer offentlige ydelser man kan oppebære, hvis man som arbejdstager bliver enten syg eller handicappet. Udover de former for alternative ansættelsesformer der er gennemgået senere, kan man, hvis man er syg, i en kortere periode modtage sygedagpenge. Det man modtager i sygedagpenge, er afhængig af ens løn eller anden offentlig ydelse man oppebærer (eks. kontanthjælp). Hvis man derfor er ansat i en virksomhed og bliver syg, får man udbetalt fuld løn selvom man ikke arbejder i perioden. Derfor udgør man en stor omkostning for virksomheden, der ikke længere tjener på arbejdsindsatsen, men stadig har lønomkostningen. Det kan derfor være fristende for virksomheden at afskedige en sygemeldt medarbejder grundet denne omkostning der jo kommer oveni en eventuel godtgørelse.

Ved at vedtage eksempelvis beskæftigelsesdirektivet som blev implementeret i forskelsbehandlingsloven, går lovgiver derfor aktivt ind og ændrer på virksomhedernes økonomiske incitamenter, ved at give grundlag for økonomiske sanktioner. Virksomhederne kan derfor komme i en situation hvor de er nødt til at beholde en ansat, hvor det vil det være optimalt for virksomheden at erstatte denne medarbejder med en der er mere produktiv, eller alternativt en der er billigere⁶⁵.

Hvis virksomheden, grundet forbuddet mod diskrimination af handicappede, ikke kan afskedige en arbejdstager hvis produktion er lavere end lønnen og ansatte en fuldt funktionsdygtig medarbejder i stedet, forhindrer lovgiver virksomhederne i deres naturlige søgen efter profitmaksimering. Årsagen til at den handicappede medarbejder ikke produktionsmæssigt kan leve op til de fuldt funktionsdygtige, kan både bestå af fysiske krav, men også af årsager som lavere fleksibilitet, behov for hjælp, krav om deltidsansættelse mv.

⁶⁵Det er her muligt at skifte eksempelvis en ansat på AC-overenskomst ud med en ansat på HK-overenskomst hvor minimumslønnen er lavere.

Man kan derfor antage, at virksomhederne såfremt forbuddet mod forskelsbehandling håndhæves, bliver forhindret i at lønnen sættes optimalt efter markedet, indsats mv.

6.5. Institutionelle barrierer

Institutionelle barrierer⁶⁶ er barrierer i form af normer, regler og handlemåder mv. der er gældende for organisationerne på arbejdsmarkedet. Institutionalisme kan i denne forbindelse benyttes til at forklare virksomhedernes effekt på samfundets sociale udvikling og herunder sociale ansvar. Den positive virkning af institutionalisme er, at virksomhederne der er profitsøgende vil forsøge at opnå et socialt ansvarligt image, hvis dette efterspørges af forbrugerne⁶⁷. Der er imidlertid andre krav fra virksomhederne der kan gøre det svært for handicappede eller svært syge at få arbejde, eller gøre det svært for denne gruppe at beholde arbejdet når de har fået en funktionsnedsættelse.

I de fleste virksomheder er der et krav om en ugentlig arbejdstid på 37 timer eller mere. Det er oftest et krav fra virksomhederne at man skal være tilgængelig indenfor den normale arbejdstid, og der vil ofte også være krav om merarbejde i pressede perioder. Dette kan automatisk sortere ansatte fra der har en funktionsnedsættelse, da de, som i Jette Rings tilfælde vil være mindre fleksible og ofte kun kunne arbejde et mindre antal timer om ugen. Det vil også betyde, at en ansat, der ikke længere kan arbejde en fuld normal arbejdsuge, er i fare for at blive afskediget. Virksomhederne kan i stedet for at ansætte medarbejdere på 37 timer ugentligt eller derover forsøge sig med flekstid eller nedsat arbejdstid som i højere grad tager hensyn til ansatte med funktionsnedsættelse, men det er ikke alle virksomheder som har mulighed for at tilbyde dette, eller også kan det indebære store omkostninger.

Derudover kan krav fra virksomhederne som eksempelvis længere rejser, fysisk styrke og funktionsdygtighed, krav til socialt samarbejde og sparring o.l. udgøre en barriere for ansættelse af folk med funktionsnedsættelse og udgøre en årsag til at afskedige en ansat der ikke kan leve op til denne type krav, normer og forventninger. Det er denne tendens man fra samfundets side har forsøgt at stoppe gennem forskelsbehandlingsloven.

6.6. Konklusion

Årsagen til at virksomheder afskediger ansatte grundet handicap kan derfor bl.a. findes i virksomhedernes økonomiske rationale og profitmaksimering, at lønnen til de ansatte ofte er højere end deres produktion og at minimumslønnen gør at virksomhederne ikke kan fastsætte lønnen efter effektivitetsniveau og konkurrencen. Derudover kan den store omkostning det ofte er for virksomhederne at betale sygedagpenge til sygemeldte ansatte gøre det attraktivt at afslutte

⁶⁶ March & Olsen

⁶⁷ Se under afsnittet om CSR

ansættelsesforhold. Ydermere er krav fra virksomhederne såsom en 37 timers arbejdsuge og fleksibilitet i ansættelsesforholdet i form af merarbejde og sociale krav med til at sortere funktionsnedsatte fra i ansættelsesøjemed og kan gøre at disse står først for skud når en virksomhed skal skære ned.

7. Godtgørelse som sanktion

Godtgørelse benyttes af lovgiver som et instrument til at justere virksomhedernes incitament, således at deres incitament i højere grad er sammenfaldende med samfundets. Der er forskellige måder at fastsætte godtgørelsen på og forskellige hensyn at tage, da der både skal tænkes på virksomhederne og de ansatte. Derfor har der også udviklet sig flere metoder at fastsætte godtgørelse ud fra.

7.1. Det optimale godtgørelsesniveau

Der er forskellige måder at fastsætte det optimale godtgørelsesniveau på, hvilket også er afhængig af hvad der anses for optimalt. Godtgørelse kan generelt anses for at have to hovedformål⁶⁸:

- Genoprettende⁶⁹
- Afskrækkende

Til forskel for de krav der bliver stillet til godtgørelse i beskæftigelsesdirektivet, hvilke alle omhandler virksomheden, omhandler rationale om den genoprettende effekt skadelidte i stedet.

Hvis godtgørelsen beregnes så den opfylder det genoprettende formål, bør den kompensere skadelidte for det tab denne har lidt, økonomisk som ikke-økonomisk. Dette er eksempelvis tilfældet hvor en skadevolder har forvoldt skadelidte skade ved at ødelægge noget af dennes ejendom, og skal betale erstatning svarende til værdien af den lidt skade.

Hvis godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap skal opfylde det genoprettede formål, bør godtgørelsen være lig den løn den ansatte går glip af ved at blive afskediget (L) herunder forskel i løn ved evt. nyt arbejde, fratrukket den ansattes omkostninger ved at gå på arbejde i samme periode (C⁷⁰) hvilket inkluderer negativ værdi ved at tage på arbejde i stedet for at blive hjemme.

Godtgørelsen bliver derved:

$$G=L-C$$

Hvis godtgørelsen sættes herefter, bliver medarbejderne kompenseret for den skade de har lidt ved at blive opsagt. I praksis er det dog meget usandsynligt at vide hvor lang tid en given medarbejder ville

⁶⁸ Smith, s. 1727. Smiths opdeling er til inspiration og oversat fra erstatningsret og bøder til arbejdsret og godtgørelser.

⁶⁹ Under genoprettende virkning hører om værdien fastsættes efter positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse, denne sondring behandles ikke her.

⁷⁰ Ved beregning af disse omkostninger skal eventuel førtidspension tages med i betragtningen.

være blevet i ansættelsesforholdet med virksomheden hvis ikke denne var blevet afskediget og de specifikke omkostninger ved at gå på arbejde.

Hvis godtgørelsen sættes således, er det virksomheden der kommer til at bære ansvaret for om en medarbejder bliver handicappet eller ej, da det er denne der kommer til at betale godtgørelse svarende til den ansattes formodede tid i stillingen. Virksomheden kommer derfor, hvis godtgørelsen fastsættes således, til at bære risikoen for om den ansatte bliver handicappet eller ej.

Hvor det genoprettende formål primært drejer sig om at dække skadelidtes tab, er virksomheden i centrum når det kommer til godtgørelsens afskrækkende effekt. At godtgørelsen skal opfylde formålet om afskrækkende effekt, indebærer at der bør tillægges en ekstra sum oveni godtgørelsen (P) for at afskrække virksomhederne fra at overtræde lovgivningen fremover.

Derved bør godtgørelsen fastsættes således:

$$G=L-C+P$$

Da det ikke er garanteret at alle tilfælde af uretmæssig afsked bliver opdaget sanktioneret gennem godtgørelse, bør det optimale godtgørelsesniveau justeres for dette:

$$G=h*L-C+P$$

Her benævner h sandsynligheden (i decimaltal) for at en krænkelse kompenseres + 1. Hvis der derfor kun bliver tildelt godtgørelse til de ansatte for uretmæssig afsked grundet handicap i halvdelen af tilfældene, bør godtgørelsen være halvanden gang så stor.

Derudover vil der i godtgørelsessager også være omkostninger i forbindelse med at føre en sag ved retten eller i det fagretlige system. Disse omkostninger bør efter et samfundsmæssigt perspektiv tillægges godtgørelsen, så virksomheden medregner disse omkostninger når den vurderer om det kan betale sig at afskedige en handicappet medarbejder uretmæssigt.

Det er dog de færreste sager i Danmark der går hele vejen i retten, da sagerne som oftest bliver afsluttet ved forhandling mellem den faglige organisation og arbejdspladsen. Dette er billigere for samfundet, men kan i længden give tvivl om retssikkerheden. Det er derfor nødvendigt, at principelle sager kommer for domstolene, og endda til EUD når der er tvivl.

Da virksomheder af natur er profitmaksimerende, vil de foretage en opvejning af den forventede omkostning ved at beholde en medarbejder overfor hvor meget denne koster at have ansat sammenlignet med en fuldt funktionsdygtig af afskedige den ansatte. Godtgørelse er dog ikke den eneste omkostning der er forbundet med at afskedige handicappede medarbejdere, hvilket gennemgås senere.

7.2. Et højere godtgørelsesniveau

I ovenstående afsnit er der udledt to årsager til, at godtgørelsen bør sættes højere end den lidte skade:

- For at kompensere for de sager der ikke bliver anlagt

- For at virksomhederne tager hensyn til samfundets omkostninger
- For at afskrække virksomhederne fra at overtræde loven – *punitive damages*

Punitive damages kan tildeles både for at tage hensyn til de to første årsager, men kan også være et beløb der gives yderligere som en form for moralsk afstraffelse eller en form for moralsk plaster på såret. Punitive Damages kan derfor udgøres af både h og P i tidligere ligning.

Punitive damages benyttes ikke ved fastsættelse af godtgørelse i Danmark, men ses ofte i amerikansk erstatningsret. Forbud mod forskelsbehandling mod handicappede er i USA reguleret gennem Americans with Disabilities Act (ADA)⁷¹, som bestemmer, at godtgørelse generelt skal fastsættes på baggrund af virksomhedens størrelse, men at der i grovere tilfælde⁷² kan tildeles punitive damages. Bestemmelsen indeholder ikke et maksimum på punitive damages, og bestemmer desuden, at der kun kan kræves punitive damages af ikke-offentlige eller ikke-politiske parter. At punitive damages i dette tilfælde ikke tildeles til offentlige parter, peger i retning af, at der ikke tildeles punitive damages for at genoprette skaden der er sket, da skadens størrelse må antages at være uafhængig af virksomhedens juridiske form.

Gennemsnittet for godtgørelser i forbindelse med forskelsbehandling grundet handicap i USA har i gennemsnit været på \$ 20.220,18 i perioden fra 2009-2013⁷³, som jo ikke er chokerende højt sammenlignet med de danske tildelte godtgørelser. Dette beløb stemmer overens med metoden der benyttes, hvor godtgørelsen fastsættes efter virksomhedens størrelse og løber fra maksimum \$ 50.000 når det gælder virksomheder med mindre end 14 ansatte og op til \$ 300.000 ved virksomheder med over 500 ansatte. Hvis de amerikanske domstole finder grundlag for punitive damages, bliver godtgørelsen betydeligt højere end gennemsnittet, og kan komme op på flere millioner dollars⁷⁴. Dette kan tyde på, at punitive damages ikke bliver benyttet som hovedregel, men kun i grovere tilfælde.

Hvis godtgørelsesniveauet sættes højere end den faktisk lidte skade som er tilfældet med punitive damages, så godtgørelsen får afskrækkende effekt, vil det have forskellige effekter. Ved at tillægge punitive damages det optimale godtgørelsesniveau opstår der en berigelsesmulighed for den ansatte, som ser en mulighed for at opnå store gevinster ved at anlægge sag. Derved kommer der til at være flere sager ved domstolene, end hvad der faktisk er grundlag for. Dette forstærkes i sager, hvor det er svært at bevise faktisk forskelsbehandling. Denne effekt forstærkes af det faktum, at der ofte i forskelsbehandlingslovgivning, som eksempelvis i forskelsbehandlingsloven, er svagere bevisbyrde, da

⁷¹ <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1981a>

⁷² Helt præcist ”if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference”

⁷³ <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/ada-monetary.cfm>

⁷⁴ Af eksempel herpå kan nævnes Bates v. United Parcel Services (UPS)⁷⁴ hvor der blev fastsat en godtgørelse på \$ 5,8 mio., <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1242057.html>

man blot skal påvise faktiske omstændigheder. Derfor vil der ved et højere godtgørelsesniveau, alt andet lige, blive anlagt flere sager uden grundlag. Det kan tænkes, at dette er sager hvor den ansatte faktisk har et handicap, da der i Danmark er krav om lægelig diagnosticering, men hvor vedkommende ikke er blevet udsat for forskelsbehandling. Det kan også tænkes, at mange af disse sager ikke bliver anlagt fordi den ansatte bruger sit handicap og truslen om sagsanlæg til forhandling af forlig. Dette kan især være tilfældet, hvor virksomhederne ikke er interesseret i et dårligt rygte eller årelangt domstolsforløb. Især i USA forliges der mange sager til millionbeløb⁷⁵, hvoraf det største forlig har været EEOC v. VERIZON⁷⁶ der blev forliget til \$ 20 mio., på baggrund af gruppesøgsmål mod VERIZON på baggrund af manglende rimelig tilpasning.

Baggrunden for, at virksomheder vil betale en så høj godtgørelse ved forlig er formodentlig frygt for hvad domstolene vil finde frem til. Derudover er der i nogen af tilfældene tale om ”class actions” (gruppesøgsmål) hvor beløbene kan blive høje hvis der er mange der er blevet forskelsbehandlet. Høje og varierende godtgørelser gør det svært for virksomhederne at forudse den godtgørelse de kommer til at betale ved forskelsbehandling, og derfor bliver det tiltrækkende at indgå et forlig. Derudover vil der være tilfælde, hvor det bedst kan betale sig for virksomheden at afskedige en handicappet medarbejder, på baggrund af dennes handicap⁷⁷, og hvor dette også tilgodeser samfundet, da virksomhedens produktion herved formodes at øges. Dette er tilfælde hvor $G < h * L - C + P$. I tilfælde som dette, kan det bedre betale sig for virksomhederne at afskedige den ansatte. Disse efficiente overtrædelser vil ikke ske hvis virksomheden har udsigt til uforudsigelige godtgørelser, eller disse sættes betydeligt højere end den lidte forventede skade.

En anden konsekvens af et højt godtgørelsesniveau er at virksomhederne bliver overafskrækkede. At virksomhederne bliver overafskrækkede skyldes at de begynder at frygte de højere, og ofte uforudsigelige godtgørelser i en sådan grad, at de frygter at afskedige ikke-kompetente medarbejdere af frygt for sagsanlæg. Dette fænomen kan forstærkes, hvis handicap-definitionen ikke er klarlagt. Virksomhederne vil derfor på grund af overafskrækkelse beholde syge medarbejdere der ikke er beskyttet af frygt for høj og uforudsigelig godtgørelse. Denne overafskrækkelse kan betyde, at virksomhederne forhindres i deres naturlige profitmaksimering og i deres naturlige udskiftning af medarbejdere for at maksimere profitten.

Et yderligere problem ved at tildele punitive damages, er at præcisere i hvilke tilfælde der skal tildeles denne ekstra sanktion. Oftest vil det være op til en given dommer at bedømme om betingelserne for

⁷⁵ eks. White v. Interstate Distributor Company der blev forliget til \$ 4,85 mio., EEOC v. Dennys der blev forliget til \$ 1,3 mio, EEOC v. SEARS der blev forliget til \$ 6,2 mio.,

⁷⁶ <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/7-6-11a.cfm>

⁷⁷ Hvis medarbejderen afskediges på baggrund af manglende kompetencer, strider dette jo ikke mod forbuddet mod forskelsbehandling af handicappede jf. beskæftigelsesdirektivets betragtning 17.

punitive damages foreligger, og gør det derfor svært for virksomhederne at forudse konsekvenserne af deres handlinger.

7.3. Den danske måde at fastsætte godtgørelse på

Den danske forskelsbehandlingslov indeholder som omtalt tidligere ikke bestemmelser der fastsætter hvordan godtgørelsesniveauet skal fastsættes, og indeholder heller ikke kravene til sanktionen der findes i beskæftigelsesdirektivet. Der har imidlertid udviklet sig en praksis for, at godtgørelser efter forskelsbehandlingsloven fastsættes på samme måde som efter ligebehandlingsloven, hvilket kan ses i samtlige af ovenfor omtalte domme. Ligebehandlingslovens § 16, stk. 3 bestemmer, at godtgørelsen bør fastsættes efter ansættelsestiden og omstændighederne i øvrigt. Ved bedømmelsen af omstændighederne i øvrigt bliver der ofte lagt vægt på karakteren af forskelsbehandlingen samt sandsynligheden for at den afskedigede får arbejde igen, og hvor hurtigt dette kommer til at ske.

I dansk retspraksis har udviklet sig en fast praksis hvor godtgørelsen i forbindelse med uretmæssig afsked efter forskelsbehandlingsloven fastsættes til enten 6, 9 eller 12 måneders løn. Her udgør en godtgørelse på 6 måneders løn minimum, og bliver tildelt så snart der er sket overtrædelse. Hvorfor der benyttes 6, 9 eller 12 måneders løn og ikke tallene mellem disse cifre vides ikke, og det kan være dette vil blive benyttet i fremtiden. Der er heller ikke et maksimum på godtgørelsesniveauet, og det kan derfor være at man i fremtiden kommer til at tildele godtgørelse på over 12 måneders løn.

Derved er følgende gældende ved fastsættelse af godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven:

- Godtgørelsen er afhængig af den ansattes månedsløn
- Godtgørelsen spænder fra et minimum på 6 måneders løn til et maksimum på 12 måneders løn
- Godtgørelsen justeres ud fra den ansattes anciennitet
- Godtgørelsen justeres ud fra omstændighederne i øvrigt.

Rationalet bag fastsættelse af godtgørelsen på baggrund af den ansattes månedsløn, er forbundet med godtgørelsens genoprettende formål. Man går ud fra, at den afskedigede ved at blive afskediget går glip af x antal måneders fremtidig indtjening, hvorfor man fastsætter godtgørelsesniveauet efter månedslønnen, og ikke som ved eksemplet om USA efter virksomhedens antal ansatte. Ved den danske måde at fastsætte godtgørelsen på er der fokus på den ansatte, dennes lønniveau og ulempe ved at blive afskediget. Det giver derfor mening, at en ansat med høj løn mister større fremtidig indtægt end en ansat med lavere løn, og har derfor brug for et større beløb for at blive godtgjort for den lidt skade. Ved fastsætte en godtgørelse afhængig af den ansattes indtægt, tages der desuden hensyn til den ansattes udgifter, da en ansat med høj løn formodentlig også har tilsvarende høje udgifter.

At godtgørelsen fastsættes til 6, 9 eller 12 måneders løn, kan begrundes med, at den ansatte formodes at have en ledighed på det fastsatte antal måneder, eller at man antager at den ansatte går glip af det

fastsatte antal måneders løn i det tidligere arbejder ved at være blevet afskediget. Begge disse rationaler har at gøre med det genoprettende formål, og centrere sig derfor igen om den ansatte.

At godtgørelsen justeres efter den ansattes anciennitet, bygger formodentlig på et rationale om, at det er sværere at få nyt job ved lang tids ansættelse i samme virksomhed. Derudover kan det skyldes, at man ved lang tids ansættelse i virksomheden på tidspunktet for afskedigelsen formoder at den ansatte havde en lang fremtidig ansættelsesperiode i samme virksomhed i udsigt.

Ved også at fastsætte antallet af måneders godtgørelse efter omstændighederne i øvrigt, tilføjer man mulighed for fleksibilitet i forbindelse med fastsættelsen. Det der oftest bliver lagt vægt på ved sagens omstændigheder er forskelsbehandlings grovhed⁷⁸ samt den ansattes manglende mulighed for at få job efterfølgende⁷⁹. At godtgørelsen bliver justeret efter overtrædelsens grovhed, kan både opfylde et afskrækkende formål og genoprettende for den ansatte. At grovere overtrædelser bliver straffet hårdt, kan afskrække virksomhederne fra at gøre det fremover og det kan virke genoprettende da godtgørelsen kan udgøre kompensation for den ansattes svie og smerte ved den grove overtrædelse. Der er derfor mulighed for domstolene for at tildele en form for punitive damage, dog med et maksimum der fremgår af retspraksis. At godtgørelsen justeres efter den ansattes muligheder for at få arbejde efterfølgende skyldes formodentlig, at den ansatte går glip af løn i en længere periode. Ved dette hensyn, tilgodeser man arbejdstagere der har svært ved at få job ved at give dem højere godtgørelse og modsat giver man efterspurgte ansatte en lavere godtgørelse. Denne tankegang kan rationaliseres ved, at der alt andet lige sker en større skade ved at afskedige en ansat der har svært ved efterfølgende at få job, end en der har let ved efterfølgende at få job. Hvis dette praktiseres i særlig høj grad, vil man dog komme til at se virksomheder der vil tøve med at ansætte medarbejdere der har svært ved at få job, da de er dyrere at komme af med.

Ved denne vage og fleksible form for beregning af godtgørelse er der desuden taget højde for ekstreme og nye tilfælde samt ny praksis der måtte opstå på området.

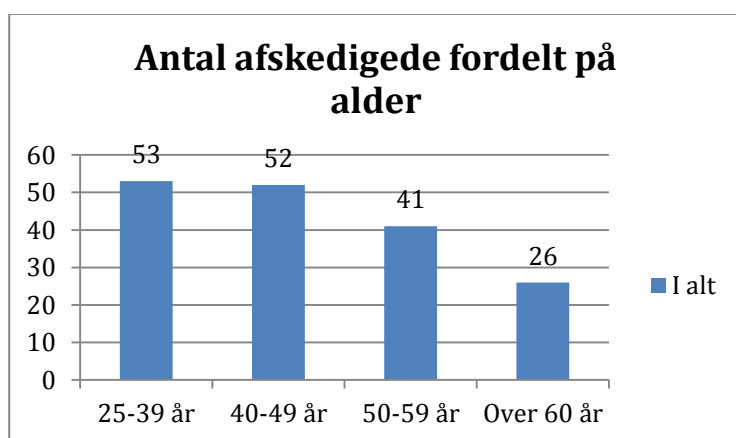
Da godtgørelsesniveauet normalt svinger fra 6-12 måneders løn, kan virksomhederne vide sig rimelig sikre på, at en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven vil medføre en omkostning i dette interval. Da de også kender den ansattes løn, kan de regne ud hvor meget dette interval bliver præcist. Derudover kan de ud fra omstændighederne og den ansattes anciennitet give et kvalificeret skøn over, hvor i intervallet en given godtgørelse forventes at ligge. Da der ikke er fastsat hverken minimum eller maksimum i lovgivningen, kan virksomhederne dog ikke vide sig helt sikre på, om der bliver fastsat en godtgørelse indenfor intervallet.

⁷⁸ Kan bl.a. ses i U.2013.2575 H

⁷⁹ Dette kan bl.a. ses i U.2007.923 Ø og U 2004.2701 H

Derudover bliver mange sager afgjort efter forhandlinger mellem arbejdsgiver på den ene side og fagforeninger som repræsentant for arbejdstageren på den anden, og bliver derfor ikke offentliggjort. Sagerne kan også blive afgjort i det fagretlige system hvilket betyder at de bliver afgjort af faglig voldgift, og er derfor heller ikke offentlige. Det er et fåtal af sagerne der faktisk bliver afgjort ved de danske domstole, og dette faktum gør det svært for både virksomhederne og de ansatte at vide hvad konsekvensen ved overtrædelse er.

Uretmæssig afsked grundet handicap kan med hensyn til godtgørelsesstørrelse og dennes effektivitet sammenlignes med forskelsbehandling i afskedigelsessituationer grundet alder, da godtgørelsen i begge tilfælde følge praksis for godtgørelse for uretmæssig afsked efter ligebehandlingsloven. Afskedigelserne af overenskomstansatte Djøf'ere fordelte sig således i 2013 ⁸⁰:



Der er en skævhed i den aldersmæssige fordeling, da 39 % af de afskedigede er over 50. Denne gruppe udgør 20 % af det samlede antal overenskomstansatte Djøf'ere i staten.

At der, på trods af at overtrædelse af forskelsbehandlingsloven sanktioneres med godtgørelse, ses aldersdiskriminering i staten, kan betyde, at man bør sætte spørgsmålstegn ved, om størrelsen af de danske godtgørelser er effektive, og om de har den afskrækkende effekt beskæftigelsesdirektivet stiller som krav til sanktionen.

7.4. Konklusion

Der er to overordnede hensyn at tage ved fastsættelse af godtgørelsen. Ved den danske måde at fastsætte godtgørelsen på tager man især hensyn til den ansatte, da man fastsætter godtgørelsen i forhold til dennes månedsløn, dog med et maksimum på 12 mdr. I USA tager man primært hensyn til virksomheden, da man som udgangspunkt fastsætter godtgørelsen efter virksomhedens størrelse, og hvis virksomheden har handlet groft, fastsætter en højere godtgørelse for at afskrække denne og andre

⁸⁰ Jf. analyse af afskedigede overenskomstansatte medlemmer af Djøf i år 2013, Minianalyse til Djøf's bestyrelse, udarbejdet af undertegnede.

virksomheder fra at handle på denne måde fremover. Dette kan også være en måde, hvorpå man justerer godtgørelsesniveauet opad for de sager der ikke bliver straffet, men vil formodentlig medføre opportunistisk tankegang og handlinger hos de ansatte. Ved at se på fordelingen af alder i afskedigelsessager, kan der drages parallel til forskelsbehandling af handicappede da godtgørelsesstandarder er den samme, og sætte spørgsmålstegn ved, om størrelsen på de danske godtgørelser faktisk er effektive og afskrækkende.

8. Alternativer til godtgørelse

Godtgørelsens formodede størrelse er dog ikke det eneste virksomhederne overvejer når de skal beslutte hvorvidt de skal beholde en handicappet medarbejder eller afskedige denne i strid med forskelsbehandlingsloven. Nedenfor gennemgås andre elementer der kan påvirke virksomhedernes incitament til at forskelsbehandle de ansatte.

8.1. Corporate Social Responsibility (CSR)⁸¹

Der har gennem det seneste stykke tid været øget fokus på virksomhedernes sociale ansvar – eller corporate social responsibility, hvilket skyldes, at virksomhederne har indset vigtigheden af at have et image som en virksomhed der behandler sine ansatte forsvarligt og derved er et attraktivt sted at arbejde hvor tillid går begge veje. Udover at kunne tiltrække kvalificeret arbejdskraft kan CSR også øge forbrugernes efterspørgsel af virksomhedens produkter.

Det kan ikke udelukkes, at nogle virksomheder søger en ansvarlig profil grundet ledernes personlige ønsker og erfaringer, men generelt formodes det at virksomhedernes fokus på området skyldes krav fra de ansatte og at kunderne efterspørger og værdsætter disse værdier. Virksomhederne kan derfor, ved at investere i CSR tiltrække kvalificeret arbejdskraft, undgå visse former for sygdomme og ofte opleve mere produktive medarbejdere der bliver hos virksomheden længere, da man opnår eksempelvis højere grad af følelse af tilknytning, gensidig respekt og tillid. Investering i CSR kan endda i visse tilfælde modsvares af et lavere lønniveau hos de ansatte, da CSR er en vigtig kilde til at skabe værdi for medarbejderne og til at fastholde disse på længere sigt. Det kan imidlertid tænkes, at CSR er et udpræget højkonjunktur-fænomen, som der især fokuseres på når der er stor efterspørgsel for virksomhederne efter kvalificeret specifik arbejdskraft. Derfor er det også et element der i højere grad er fokus på hos informationsvirksomheder og som i mindre grad ses hos produktionsvirksomheder, da arbejdskraften her primært er homogen, og der derfor ikke er ligeså meget at vinde ved at kunne

⁸¹ Som kilde til CSR er benyttet RR.2007.11.0010

tiltrække kvalificeret arbejdskraft⁸². Disse incitament til at fokusere på CSR, betyder, at de virksomheder der kan vinde betydeligt på at have en handicapvenlig profil ofte slet ikke vil komme ud i situationer med uretmæssig afskedigelse af handicappede medarbejdere, da de vil finde en alternativ løsning. En sådan løsning kunne eventuelt bestå i at fremme overgang til alternative jobmuligheder, såkaldte skånejobs, hvor medarbejderen har mulighed for at arbejde flex-tid, mulighed for hjemmearbejdspladser, specielt tilpassede arbejdspladser samt nedsat arbejdstid. Disse muligheder vil alle kunne klassificeres som tilpasningsforanstaltninger efter beskæftigelsesdirektivet.

Derudover vil der for virksomhedernes side ved CSR være mulighed for at undgå dannelsen af sygdomme ved fokus på arbejdsmiljøet og det psykiske arbejdsmiljø. Ved denne form for forebyggelse, vil man formodentlig kunne undgå arbejdsrelaterede sygdomme som ville kunne karakteriseres som handicap, eller gøre det muligt for medarbejderne at fungere og arbejde med sygdommen.

I tilfældet med Jette Ring, ville hun kunne arbejde 20 timer om ugen. Hvis virksomheden derfor var gået med på dette i stedet for at afskedige hende, ville de have undgået at betale godtgørelsen. Ved tilfældet med Jette Ring ville virksomheden også have sparet penge ved at nedsætte arbejdstiden, da lønnen jo bliver nedsat i samme grad som arbejdstiden. Det er derfor ikke omkostningsfuldt at tage lige præcis denne type tiltag, hvis der tænkes på lønomkostningerne og erhvervsevnen ikke falder.

Hvis der i stedet for nedsat arbejdstid kræves hjælpeforanstaltninger til den handicappede eller syge så denne udføre sit arbejde, kan virksomheden oftest få tilskud til disse tiltag af det offentlige, hvorfor denne form for tiltag heller ikke er synderligt omkostningsfulde for virksomheden, men kan gavne deres ansvarlige CSR-profil. Af specifikke hjælpeforanstaltninger der gives offentlige tilskud til, er bl.a. personlig assistance og indretning af arbejdspladsen⁸³. Det er i disse tilfælde værd for virksomheden at undersøge hvor meget de enkelte tilpasningsmuligheder koster overfor hvor meget de kan vinde i form af goodwill.

Udover en mere produktiv og tilfreds medarbejder i det enkelte tilfælde, vil virksomheden, hvis de formår at markedsføre sig som en CSR ansvarlig virksomhed kunne tiltrække kvalificerede medarbejdere fremover, der vil værdsætte en virksomhed der tager hånd om sine ansatte, også når de ikke er i stand til at være fuldt funktionsdygtige.

Det vil derfor i visse tilfælde kunne gavne virksomheden, at profilere sig som en virksomhed der tager hånd om de ansatte, men det er også nødvendigt at virksomheden formår at fortælle dette gennem eksempelvis den offentlige debat og en virksomhedspolitik der skal fortælle om deres indsats med

⁸² Det vil dog stadig i denne type virksomheder kunne betale sig at fokusere på CSR i markedsføringsøjemed.

⁸³ Lov om aktiv beskæftigelsesindsats og kompensationsloven.

hensyn til rekruttering, ansættelse, bibeholdelse og forfremmelse af personer med handicappede. Derudover kan de her fortælle om hjælpeforanstaltninger til handicappede.

8.2. Name – shaming

Name-Shaming kan bedst beskrives som CSR gone wrong eller en form for negativ goodwill. Det beskriver konsekvensen for virksomhederne ved ikke bare at følge reglerne, men også afskedige medarbejdere i strid med forskelsbehandling. Hvis virksomhederne afskediger medarbejdere i strid med loven, kan de risikere at opnå et dårligt ry og derved blive opfattet som liden attraktiv arbejdsplads og skræmme kvalificeret arbejdskraft væk. Da det tidligere er konstateret at det i visse tilfælde kan betale sig for virksomhederne at overtræde gældende lovgivning, især hvis ikke alle tilfælde bliver opdaget. De vil derfor kunne have et økonomisk incitament til at afskedige ansatte i strid med forskelsbehandlingsloven.

Hvis virksomhederne imidlertid bliver opdaget i at forskelsbehandle medarbejderne, vil de, udover godtgørelsen, miste værdi i deres goodwill. Af den tidligere graf fra Djøf ses, at forskelsbehandling grundet alder er meget aktuel og sker i betydeligt omfang, selvom det strider mod forskelsbehandlingsloven. Denne grad af forskelsbehandling ses oftere i det offentlige end i det private, formodentlig fordi det private er mere afhængig af et godt image end det offentlige, og at der i det private generelt er mere fleksibilitet mht. ansættelsesformen og lønnen.

Det er dog stadig vigtigt for det offentlige at kunne tiltrække kvalificerede ansatte, men da der er sket store besparelser siden finanskrisen, er det kun naturligt at skære de mindst produktive fra. Et konkret eksempel på dette er SKAT, der siden finanskrisen har været involveret i en del forskelsbehandlingssager på grund af alder, både for domstolene men også for ligebehandlingsnævnet. Dette kan have den betydning, at SKAT kan få problemer med at tiltrække kvalificeret arbejdskraft, og især kan få problemer med at fastholde disse kvalificerede medarbejdere, hvis de regner med at blive afskediget når de når en vis alder eller får en funktionsnedsættelse.

At virksomhederne kan slippe af sted med stadig at kunne tiltrække arbejdskraft på trods af et dårligt image, skyldes formodentlig markedsmagten som virksomhederne i høj grad har på nuværende tidspunkt på grund af lavkonjunkturen. Man kunne tænke sig, at det ville være sværere for virksomhederne at tiltrække kvalificeret arbejdskraft med dårligt omdømme under højkonjunktur. Et eksempel på et marked hvor man har sat denne form for name-shaming i system, er den amerikanske bomuldsindustri⁸⁴.

⁸⁴ Bernstein ” Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions”

På dette marked har man udviklet et privat retssystem, hvor erstatningen består af den alternative værdi, altså hvad det ville have kostet at indgå handel med det næst bedste tilbud. Dette er hvad vi i Danmark kender som negativ kontraktsinteresse, og er oftest den laveste form for erstatning. Den virkelige straf består i fordømmelse af industrien og samarbejdspartnerne. I bomuldsindustrien er denne straf ofte hårdere end den økonomiske erstatning, da virksomhederne ved kontraktbrud oftest er nødt til at lukke efterfølgende, da ingen vil handle med dem. Fordelene ved et privat retssystem som dette, er at sagerne bliver hurtigt afsluttet, og da erstatningen er svarende til det alternative tilbud, skal virksomhederne ikke røbe forretningshemmeligheder som eksempelvis profitberegning mv. Derudover, er det en fordel, at parterne let kan regne ud hvor meget man skal betale i erstatning ved kontraktbrud.

Årsagen til at dette sanktionssystem fungerer i den amerikanske bomuldsindustri, hvor der både er det private retssystem og name-shaming, er at markedet er tæt sammentømret, og at man er meget afhængig af sine forretningspartnere. Det er desuden et meget lukket marked, hvor det derfor er meget vigtigt at være inde i varmen. Derudover betyder det meget, at kvaliteten af bomulden er meget vigtig og en ukendt og varierende faktor, hvorfor tillid til samarbejdspartnerne er altafgørende.

I Danmark har vi også en vis grad af name shaming som sker gennem institutioner som forbrugerombudsmanden, de danske medier mv., men ikke i en så høj grad som man ser i bomuldsindustrien. Arbejdsmarkedet er i Danmark for stort og bredt til at opbygge et system som i den amerikanske bomuldsindustri. Parterne på det danske arbejdsmarked er desuden for uafhængige af hinanden til at dette kan lade sig gøre, der er jo ikke nogen virksomhed som er helt afhængig af en enkelt ansat, og omvendt heller ikke nogen ansat der er afhængig af en specifik virksomhed. Når parterne samler sig i organisationer begynder markedet i højere grad at ligne den amerikanske bomuldsindustri, og man kan her stå sammen mod modparten og boykotte vedkommende, men afhængigheden er stadig ikke så høj, at name-shaming er altafgørende som sanktion.

8.3. Offentligt betalte/støttede ordninger

I modsætning til ovenstående afsnit, handler dette afsnit om hvordan man fra det offentlige kan udbyde et alternativ til godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap, således at ansvaret og risikoen for skaden overgår til det offentlige. De gennemgåede tiltag er allerede eksisterende, og der er derfor på nuværende tidspunkt tale om et delt ansvar, hvor samfundet eksempelvis har ansvaret for personer der slet ikke kan arbejde.

8.3.1. Førtdispension

Førtdispension kan tildeles mennesker, der har en varig nedsat funktionsevne⁸⁵. Det er et krav for at oppebære førtdispension, at man ikke er selvforsørgende. Dette betyder, at det er tilladt at arbejde ved siden af pensionen, men ikke i en sådan grad, at man kan leve af det. Det antages derfor, at jo højere ens løn er, jo større sandsynlighed er der for at blive kategoriseret som selvforsørgende, uanset at lønnen normalt afhænger af uddannelse, anciennitet og kvalifikationer m.m. og ikke ens funktionsgrad. Der er derfor større sandsynlighed for at folk der oppebærer en højere løn vil blive anset for selvforsørgende end folk med lavere løn. Førtdispensionen tildeles af kommunen til borgeren, og påvirker derfor ikke virksomhedens incitament til at beholde eller afskedige en ansat, udover at det måske er samvittighedsmæssigt lettere at afskedige en ansat der er handicappet i en sådan grad at vedkommende formodentlig ville kunne oppebære førtdispension, end en der ikke er.

Førtdispensionen udgør i skrivende stund kr. 211.923 om året, hvilket udgør kr. 17.660,25 om måneden. Denne bliver justeret efter forskellige faktorer, blandt andet efter om personen der oppebærer førtdispensionen har nogen form for indtægt ved siden af. Hvis førtdispensionisten har indtægt ved siden af pensionen, bliver pensionen nedsat med 30 % af lønnen⁸⁶.

Et påtænkt eksempel på denne form for udregning, er den tidligere situation omkring Jette Ring. Jette Ring oppebar en løn på kr. 25.468,93 om måneden ved 37 timers arbejde om ugen. Hendes læge havde skønnet, at hun ville kunne arbejde 18-20 timer om ugen. Hvis det antages, at Jette Ring arbejdede 20 timer om ugen (som svarer til det job hun efterfølgende fik i ADRA), ville hun tjene kr. 13.766,99 om måneden. Som tidligere nævnt, kan man ikke oppebære førtdispension samtidig med at være selvforsørgende. Hvis kommunen fandt frem til, at Jette Ring ville være selvforsørgende ved at få udbetalt denne løn, ville førtdispension derfor være udelukket. Jette Ring ville derfor stå i et dilemma mellem at få udbetalt førtdispension på kr. 17.660,25 om måneden uden at arbejde, eller arbejde deltid til en løn af kr. 13.766,99 om måneden. I det sidstnævnte tilfælde ville Jette Ring forsøge sig selv, i det andet ville ansvaret, og derved også risikoen for Jette Rings funktionsnedsættelsen være placeret hos det offentlige.

Hvis man økonomisk afgrænsede handicap overfor sygdom på samme måde som man gør juridisk, ville man opnå, at dem der blev uretmæssigt afskediget efter forskelsbehandlingsloven blev reddet af førtdispensionsreglerne. Efter ovenstående undersøgelse er det dog klart, at kravene til at være handicappet efter førtdispensionsloven er betydeligt snævrere end efter forskelsbehandlingsloven, især

⁸⁵ Jf. førtdispensionslovens § 16, stk. 2

⁸⁶ Oplysninger om niveau for førtdispension og nedsættelse fra <https://www.borger.dk/Sider/Foertidspension-nye-regler.aspx>

med hensyn til kravet om ikke-selvforsørgelse⁸⁷. Det kan derfor tænkes, at der som følge af denne forskel, vil være en gruppe der bliver anset som handicappede efter forskelsbehandlingsloven men som ikke vil kunne oppebære førtidspension og vil være begrænset arbejdsdygtige i længere tid end den tid hvor de kan oppebære sygedagpenge. Denne forskel i begreberne skyldes formodentlig, at det europæiske handicapbegreb er bredere, end den handicapdefinition der er herskende hos befolkningen og som der ses i sociallovgivningen. Førtidspension er oplagt til folk der er handicappede i en sådan grad, at de kun kan arbejde i en meget lav grad, og omfatter derfor handicappede som man forstod dette begreb før Ring-Werge.

8.3.2. Fleksjob

Fleksjob er en ordning man kan blive ansat på, hvis ens arbejdsevne er begrænset på grund af sygdom. Man kan godt overgå fra en normal fuldtidsstilling i en virksomhed til fleksjob i samme virksomhed, hvis man ikke længere kan arbejde fuld tid. Hvis man arbejder i fleksjob, får man af kommunen udbetalt en månedlig ydelse på kr. 17.312⁸⁸, og man får samtidig løn fra sin arbejdsplads efter indsatsen, hvilket betyder, at lønnen bliver nedsat med ens arbejdsevne (resterhervsevnen). Den løn man tjener ved siden af flekstils-kudsydelsen, vil blive modregnet i ydelsen. Dette sker med 30 % ved en indtægt under kr. 13.446 og med 55 % med en indtægt over dette beløb.

Hvis man derfor laver et tænkt eksempel hvor Jette Ring var ansat i fleksjob ved 20 timer om ugen, ville hun som beskrevet før, tjene kr. 13.766,99 om måneden. Herudover ville hun modtage kr. 13.101,66 i flekstils-kudsydelse fra kommunen og kr. 13.766,99 i løn fra arbejdet, i alt kr. 26.868,65 om måneden. I Jette Rings tilfælde, ville det derfor bedre kunne betale sig, både for virksomheden og for hende selv at de fik en fleksjobordning. I den konkrete sag havde Jette Ring også forsøgt at få en fleksjobordning, som arbejdspladsen dog ikke ville være med til. Taberne ved dette regnestykke er kommunen, der betaler hendes flekstils-kudsydelse. At det bedre kan betale sig for Jette Ring at arbejde mindre, skyldes hendes specifikke lønniveau og arbejdstid, og gælder derfor ikke i alle tilfælde.

Fælles for både fleksjob og førtidspension er, at det er det offentlige der støtter de ansatte, modsat løntils-kudsjob hvor det offentlige støtter virksomheden. Da fleksjobs kan oprettes for en allerede ansat i virksomheden, bliver fleksjobs ofte benyttet til at udsluse medarbejdere, og ikke integrere handicappede på arbejdsmarkedet.

⁸⁷ Derudover er det betydeligt sværere at komme ind i dagpengesystemet end det er at blive beskyttet som handicappet i forskelsbehandlingsloven, især efter skærpsen af førtidspensionssystemet i 2013, som ikke vil blive gennemgået nærmere her.

⁸⁸ <http://www.fleks.nu/beregner#>

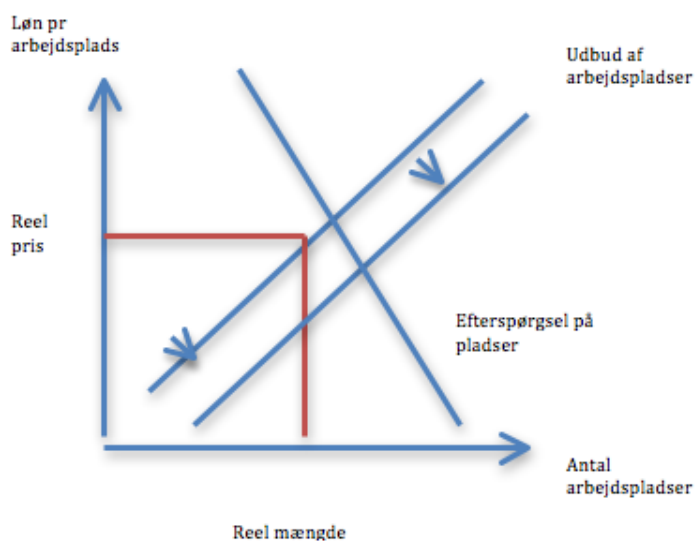
Fleksjob er dog en ideel mulighed for at beholde en medarbejder der er blevet handicappet på deltid i stedet for at afskedige denne. Der findes dog sager, som angår uretmæssig afsked af handicappede i fleksjob⁸⁹, og det antages derfor, at det i visse tilfælde ikke er det optimale alternativ til afsked.

8.3.3. Løntilskud

Når man er ansat i en stilling med løntilskud, er man ansat af arbejdsgivervirksomheden som får tilskud af staten til den ansattes løn. I det private er der intet maksimalt lønniveau og arbejdsgiveren får tilskud på kr. 72,96⁹⁰ i timen, ansættelsesperioden er på maks. 12 måneder, hvor der i det offentlige er et maksimalt lønniveau på kr. 115,62 i timen og der gives et tilskud på kr. 141,02⁹¹ i timen. Løntilskud er en måde at få folk i arbejde der er ledige, eller tidligere har været på anden offentlig ydelse (eksempelvis førtidspension), og derfor har brug for en smule genoptræning som man får hos virksomheden. Derfor ser man ofte stillinger med løntilskud på 30 timer om ugen. Det er et krav for dannelsen af en stilling med løntilskud, at den ansatte ikke før har været ansat hos virksomheden, og at der ikke nedlægges en tilsvarende almindelige stilling for at oprette en stilling med løntilskud. Det første kriterium er yderst vigtigt, da stillinger med løntilskud ellers ville være oplagt at benytte som barselsvikariater.

Hvor førtidspension ikke kan oppebæres samtidig med at man har arbejde, er det netop kombination af (næsten) fuld arbejdstid og statsstøtte der er formålet med løntilskud.

Løntilskud fungerer på den måde, at virksomhedernes omkostninger for at have en ansat sænkes.



Derved bliver det billigere for virksomhederne at have den ansatte.

⁸⁹ Eksempelvis i ligebehandlingsnævnets afgørelser nr. 230/2013, 229/2013 og 228/2013.

⁹⁰ Hvilket giver kr. 11.697,92 om måneden ved en arbejdsuge på 37 timer

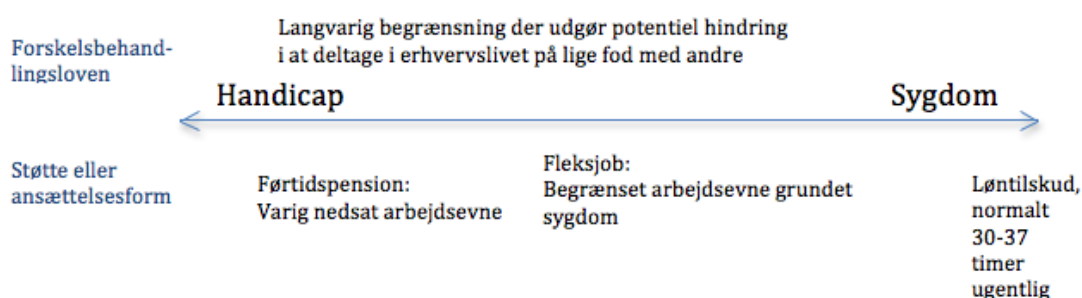
⁹¹ Hvilket giver kr. 22.610,20 om måneden ved en arbejdsuge på 37 timer

Da man derfor ansætter folk i stillinger med løntilskud på nye områder, bliver det en måde hvorpå virksomheder kan prøve nye ting af, og hvorpå de ledige kan komme ind på arbejdsmarkedet. Da det er et krav at man skal være ledig for at blive ansat i stilling med løntilskud, er det ikke den mest oplagte alternativ til afskedigelse, men kan være en måde hvorpå virksomheder finder det attraktivt at ansætte ledige handicappede på forsøgsbasis til billig penge.

8.3.4. Sammenfatning om offentlig betalte/støttede ordninger

Gennem reglerne om førtidspension og fleksjob har det offentlige forsøgt at oprette fleksible arbejdsformer så ansatte der slet ikke kan arbejde eller kun kan arbejde i begrænset omfang, alligevel kan komme i job, og også gøre det attraktivt for arbejdspladsen at oprette skånejobs. Når det gælder job med løntilskud, er det den eneste ansættelsesform hvor arbejdspladsen får økonomisk kompensation af staten, og er i højere grad rettet mod dem der har svært ved at få arbejde eller tidligere havde et handicap fremfor at afskedige denne, som fleksjob ofte benyttes til.

Beskyttelsesobjektet efter forskelsbehandlingsloven er forskellig fra kriterierne for at få førtidspension eller blive ansat i fleksjob eller job med løntilskud, og forskellen kan vises på nedenstående handicap-skala.



Løntilskud falder en smule udenfor, da der ikke er et krav om nedsat funktionsevne for at blive ansat i en stilling med løntilskud. Det er primært førtidspension eller fleksjob der er relevant som alternativ til afskedigelse, hvor der kun ved fleksjob er tale om et egentligt fortsat ansættelsesforhold.

8.4. Konklusion

At ovenstående faktorer virker i samspil med den økonomiske sanktion taler for en lavere godtgørelse. Værdien af ovenstående faktorer varierer dog, og er med hensyn til både CSR og name-shaming svær at måle og værdsætte, derudover kan de også have indflydelse på hinanden, som eksempelvis fleksjob der kan give en virksomhed goodwill, og derfor blive en del af CSR. Førtidspension og skånejobs er en måde at overføre risikoen og omkostninger ved at den ansatte er ledig i længere tid efter afskedigelsen væk fra virksomheden og den ansatte, og over til det offentlige. Fleksjob er det umiddelbare alternativ

til afskedigelse, men da der findes sager hvor fleksjobbere er blevet afskediget i strid med forskelsbehandlingsloven, er dette ikke altid den optimale løsning for virksomheden.

DEL IV – Afslutning

9. Diskussion

9.1. **Overordnet kvalitet af beskæftigelsesdirektivet og implementeringen af dette i et økonomisk perspektiv**

Efter ovenstående analyse, er det udledt at der er to overordnede elementer der bør bemærkes ved beskæftigelsesdirektivet; det udtaler sig ikke om hvorledes begrebet handicap bør fortolkes og det stiller tre krav til sanktionen medlemsstaten vælger at benytte, selvom EU ikke har kompetence til at fastsætte konkrete niveauer for godtgørelse, og formodes kun at ville gå ind i sager hvor sanktionen klart er for lav.

Derudover er der i analysen ovenfor påpeget mangler ved den danske implementering af beskæftigelsesdirektivet i forskelsbehandlingsloven; man har benyttet tilgangen til handicapbegrebet fra den danske sociallovgivning samt at kravene til sanktionen i den danske implementering af direktivet mangler.

Med hensyn til fortolkningen af handicapbegrebet i beskæftigelsesdirektivet har dette beviseligt medført en del forvirring omkring omfanget af beskyttelsen, især i forhold til afgrænsningen mellem handicap og sygdom. Det var måske svært at forestille sig på tidspunktet for direktivets vedtagelse, at begrebet skulle forstås på samme måde som det forstås i FN, men at Danmark har valgt at fastholde forståelsen af handicap der fremgår af sociallovgivningen, selv efter der i sager som *Chacòn Navas* ikke blev stillet krav om kompensationsbehov, kan anses for kritisabelt. Især når det erindres, at der jo er pligt til EU – konform fortolkning virker det besynderligt, at Danmark i så lang tid har fortsat deres smalle tilgang til brugen af begrebet i stedet for at skifte bane, især efter tilføjelsen i bemærkningerne om at kompensationsbehovet ikke var et kriterium for tilstedeværelsen af handicap. At der så længe har hersket en forkert forståelse af handicapbegrebet i Danmark kan derfor både skyldes manglende vejledning fra EU, men også domstolenes tilbøjelighed til at fortolke udfyldende med anden retspraksis og analog brug af begrebet fra sociallovgivningen. Denne tendens skyldes formodentlig det danske retssystemets karakter som civil law, og derfor begrænsede muligheder for nytænkning ved tilstedeværelsen af fjerne muligheder for udfyldende fortolkning, som i dette tilfælde blev fundet i den danske sociallovgivning.

Denne tradition er formodentlig også årsagen til, at metoden til at fastsætte godtgørelse på er blevet benyttet analogt fra ligebehandlingslovens praksis, i stedet for at se på kravene i beskæftigelsesdirektivet og sætte spørgsmålstegn til om disse faktisk bliver opfyldt ved brugen af den danske tradition for at fastsætte godtgørelse indenfor forskelsbehandling. Da der jo er pligt til EU-

konform fortolkning ved tvivl om fortolkning af direktiver, burde de danske domstole se på kravene der står eksplicit i direktivet i stedet for at benytte den danske måde for fastsættelse af godtgørelse, på samme måde som man ikke burde have benyttet forståelsen af handicapbegrebet fra den nationale sociallovgivning.

Med hensyn til kravene der er stillet til medlemsstaternes valg af sanktionsform i beskæftigelsesdirektivet, er EU's manglende kompetence til/interesse for alvor at håndhæve disse, årsagen til at den danske metode til at fastsætte godtgørelse på får lov til at fortsætte, selvom denne formodentlig hverken er effektiv eller har afskrækkende virkning, som det er analyseret økonomisk. Det formodes at EUD vil afgøre denne type sager, hvis en sanktion for alvor ikke lever op til kravene, som var tilfældet i *Asociatia Accept*, men ikke i sager som de danske, hvor der faktisk er tale om en godtgørelse af en hvis størrelse. Når kravene til sanktionen i beskæftigelsesdirektivet vurderes, skal det dog tages med i betragtning, at andre faktorer kan være med til at straffe virksomheden, og det derfor i nogen tilfælde er nok med en forholdsvis lille godtgørelse. Dette kunne være faktorer som eksempelvis et dårligt rygte, som det ses i betydelig grad i den amerikanske bomuldsindustri. Her er det dog vigtigt at huske på tilstanden på det danske arbejdsmarked i øjeblikket hvor det er præget af lavkonjunktur og høj arbejdsløshed. På dette marked er det formodentlig muligt at tiltrække kvalificeret arbejdskraft selvom en virksomheden har et negativt rygte med hensyn til forskelsbehandling, da de ansatte ofte ikke har noget valg og er tvunget til at tage arbejde hos virksomheder der ikke har en skarp CSR profil. Denne type omkostninger må derfor generelt antages at være lave, især under lavkonjunktur, hvilket taler for at det danske godtgørelsesniveau bør være højere for at leve op til kriterierne til sanktion i beskæftigelsesdirektivet.

9.2. Hvordan bør godtgørelsen hjemles og beregnes?

På nuværende tidspunkt findes der ikke direkte hjemmel i hverken EU – eller dansk ret til en bestemt metode for fastsættelse af godtgørelse. I beskæftigelsesdirektivet er der fastsat tre krav til sanktionens virkning, at den valgte sanktionsform skal være effektiv, stå i rimelig forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Den danske måde at fastsætte godtgørelse på, som ikke er hjemlet, og ikke følger funktionærlovens beregningsmåde, men er fastsat i praksis efter ligebehandlingsloven, gør at der normalt bliver fastsat en godtgørelse på enten 6, 9 eller 12 mdrs. løn. Da denne størrelse af godtgørelse er hjemlet i retspraksis eksisterer der intet minimum eller maksimum, og heller ikke en vejledning for hvordan virksomhederne skal regne ud hvor stor en godtgørelse de kan påregne at blive tildelt ved en overtrædelse, andet end hvad de kan se i retspraksis. Denne tilgang kan gøre det uoverskueligt at forudse konsekvensen af en afskedigelse, hvilket er tydeligt i sagen med Jette Ring, da ingen virksomhed formentlig kunne have forventet den forholdsvis høje godtgørelse.

Hensynet bag den danske fastsættelse af godtgørelse er hovedsageligt den ansatte, og godtgørelsens genoprettende effekt, og i mindre grad virksomhedens handling i form af overtrædelsen. Hvis hensynet bag godtgørelsen var virksomheden, ville godtgørelsen blive beregnet ud fra virksomhedens ressourcer for at opnå den effektive og afskrækkende effekt.

Den måde godtgørelsen bliver beregnet i Danmark, betyder, at effektiviteten og den afskrækkende effekt er afhængig af størrelsen på den ansattes løn, og sanktionsformen er derfor mere effektiv og afskrækkende overfor virksomheden, jo højere løn den ansatte tjener. Denne form for godtgørelse lever op til princippet om at den ansatte ikke skal beriges ved skaden, men møder muligvis problemer ved at leve op til kravene der er fastsat i beskæftigelsesdirektivet, da godtgørelsen jo netop her skal være større end den faktisk lidt skade for at virke afskrækkende for virksomhederne. Derudover skal en given godtgørelse også justere virksomhedernes incitament i forhold til de sager der ikke bliver opdaget og dømt ved domstolene, hvilket taler for et endnu højere niveau for godtgørelse der er afhængig af virksomhedens økonomi fremfor den ansattes løn.

Et sted i EU-retten hvor Kommissionen aktivt sanktionere og hvor Rådet har vedtaget forordning for sanktionering og størrelsen af denne, er ved overtrædelse af TEUF art. 101 og art. 102. Ved tildeling af bøder indenfor dette område, har Rådet bestemt i forordning 1/2003⁹² art. 23, at der kan tildeles bøder på op til 10 % af virksomhedens omsætning ved forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencebestemmelserne. I dette tilfælde er det klart, at hensynet bag størrelsen af sanktionen er effektiviteten og ikke forbrugerne, da det jo ikke er forbrugerne der får gavn af bøden. I dette område bliver begreberne forsætlighed og uagtsomhed brugt, en skala der normalt benyttes i erstatningsretten, hvilket bekræfter, at der i konkurrenceretten i højere grad er tale om en bøde i form af erstatning, end en egentlig godtgørelse, selvom der ikke kan påvises størrelsen af en give skade på et bestemt beløb. Det bekræfter også, at der i EU tildeles betydelige bøder⁹³. Hvorvidt dette også var hensigten bag formuleringen omkring sanktioner i beskæftigelsesdirektivet, er uklart. Hvor man på konkurrencerettens område benytter uagtsomhed og forsætlighed som faktorer for bedømmelse for grovheden af overtrædelsen, bruger man ved overtrædelse af forskelsbehandlingsloven ”omstændighederne i øvrigt” til at fastsætte godtgørelse i Danmark, som jo er meget mere uklar, især når man ikke ved hvor meget der kommer oveni på baggrund af grove omstændigheder. Dette kan ses i sagen hvor en medarbejder blev bortvist efter fire dages arbejde på grund af hendes ADHD – i denne sag blev der tildelt det mindste godtgørelsesniveau på 6 mdr. på trods af de grove omstændigheder.

⁹² EF-Tidende nr. L 001 af 04.01.2003 s. 0001-0025

⁹³ Af eksempler herpå kan nævnes Kommissionen v. Lundbeck (IP/13/563 19/06/2013) hvor der blev tildelt bøde på 93,8 mio. Euro og Kommissionen v. Danfoss (I sag 2012/C 122/04) hvor der blev tildelt bøde på 161 mio. Euro.

En mulighed for at tildele virksomhederne en godtgørelse der stod i forhold til overtrædelsen af forskelsbehandlingsloven, ville være, at gøre godtgørelsen afhængig af om den uretmæssige afsked af den handicappede udgjorde direkte – eller indirekte forskelsbehandling. Denne opdeling udgør jo i sig selv en skala for grovheden af overtrædelsen.

En optimal godtgørelse ud fra disse hensyn, ville derfor være en godtgørelse der tog hensyn til både grovheden af overtrædelsen, i form af enten direkte – eller indirekte forskelsbehandling, den indtægt den ansatte går glip af i form af løn og virksomhedens størrelse.

Når størrelsen af godtgørelsen skal beregnes er det desuden vigtigt at have in mente, at ved at sætte niveauet op, giver man virksomhederne en del af ansvaret for samfundets handicappede, som kan tynde deres konkurrenceevne, og at dette ansvar eventuelt bør ligge hos staten og blive finansieret blandt andet gennem virksomhedernes højere profit ved at de får frihed til at afskedige hvem de ønsker.

9.3. Hvad er alternativet til den nuværende beregning og hjemmel?

Det er imidlertid umuligt at fastsætte en godtgørelse der tager alle disse hensyn, især når man tager hensyn til princippet om forbud mod berigelse. Det kunne derfor være en mulighed, at fastsætte en godtgørelse til dennes tab ved at være blevet afskediget, sammenkoblet med en godtgørelse for virksomheden der eksempelvis kunne udgøre 2 % af omsætningen ved indirekte forskelsbehandling og 5 % ved direkte forskelsbehandling. Det er dog vigtigt at begrænse virksomhedernes ansvar overfor ansatte der får en funktionsnedsættelse, da en godtgørelse svarende til en livsvarig indtægt ville være uproportionel og handicappende overfor virksomhederne.

Godtgørelsen til den ansatte skulle kunne fratrækkes den del af godtgørelsen der blev fastsat efter omsætningen, for ikke at straffe virksomhederne hårdere end tilsigtet, og for at undgå overafskrækkelse. For at undgå berigelse af skadelidte og for mange anlagte sager, kunne denne godtgørelse eksempelvis blive tildelt staten. Alternativt kunne man også her benytte uagtsomhedsskalaen.

Ved at beregne en godtgørelse ud fra omsætningen i stedet for antal ansatte i virksomheden som benyttes i USA, tager man direkte hensyn til virksomhedens økonomi, der ikke nødvendigvis er relateret til antallet af ansatte.

EU har dog ikke ret til at fastsætte bøder indenfor beskæftigelsesdirektivet, da denne ret indenfor konkurrenceretten er specifikt hjemlet i TEUF art. 105, og ikke er tildelt EU på området for beskæftigelse. Derudover er det som sagt usandsynligt at EUD vil tage stilling til sager om godtgørelsens størrelse, hvor den modsat tilfældet i Asociația Accept har en vis størrelse. En ændring af den danske måde at fastsætte godtgørelser på ville derfor skulle komme fra folketinget i form af ændring af forskelsbehandlingsloven eller opstå i praksis.

9.4. Konklusion

Ved fastsættelsen af den danske godtgørelse for uretmæssig afsked grundet handicap fastsættes en godtgørelse på enten 6, 9 eller 12 mdrs. løn, hvilket er fastsat i retspraksis fra ligebehandlingsloven der benyttes analogt ved overtrædelser af forskelsbehandlingsloven. Der er sat spørgsmålstejn om størrelsen af denne type godtgørelse lever op til beskæftigelsesdirektivets krav om effektivitet og afskrækkende virkning. Der er derudover fremsat en mulig forklaring på Danmarks fastholdelse af handicapbegrebet som det forstås i sociallovgivningen og fastholdelse af metoden for fastsættelsen af godtgørelsen, nemlig det danske retssystemets karakter af civil law. Der er fremsat alternativ til den nuværende godtgørelsesform som kombinerer et vidst antal måneders løn i samspil med en godtgørelse afhængig af virksomhedens omsætning, for at godtgørelse kommer til at leve op til kriterierne til sanktion i beskæftigelsesdirektivet. Ved fastsættelse af den sidstnævnte godtgørelse skal det erindres, at virksomheden har naturlige incitamentter til at undgå denne type sager, samt at der eksisterer offentligt støttede og betalte ordninger, hvilket skyldes at ansvaret for at tage sig af samfundets handicappede eventuelt ikke bør ligge hos virksomhederne, da dette potentielt kan forringe deres konkurrenceevne.

LITTERATURLISTE

JURA

Artikler:

Beskæftigelsesministeriet – *Vejledning om forskelsbehandling*, 2006

De Forenede Nationer – *Standardregler om lige muligheder for handicappede*, 1994

De Forenede Nationer – *FN's konvention om rettigheder for personer med handicap og tillægsprotokol*

Det Centrale Handicapråd – *Handicap og ligebehandling – et refleksionspapir*, 2. Oplag, 2001

Justesen, Pia – *Handicap og diskrimination på arbejdsmarkedet*, Karnov U.2008B.302

Mortensen, Anne og Skarup, Maria Topholm – *Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb*, Karnov U.2010B.115

World health organization, *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A manual of classification relating to the consequence of disease*

Bøger:

Greisen, Linda Rudolph – *Forskelsbehandlingsloven*, 3. Udgave 2012

Schwarz, Finn og Hartmann, Jens Jakob – *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. Udgave, 2011

ØKONOMI

Artikler:

Bernstein, Lisa – *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions*, The Chicago Working Paper Series.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=281437

March, James & Olsen, Johan - *The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life*, 1989

Riis, Thomas - *Kompensation for ophavsretskrænkelser - Økonomiske aspekter*

Shavell, Steven - *Analysis of Litigation and the Legal Process*

Bøger:

Elling, Jens O. – *Finansiell rapportering*, 2 udgave, 2010

Frank, Robert H. – *Microeconomics and Behavior – International Edition*, 7. Udgave, 2008.

- Grell, Henrik og Nielsen, Dorte** – *Mikroøkonomi – Teori og beskrivelse*, 1. udgave, 2005.
- Lazear, Edward P og Gibbs, Michael** – *Personnel Economics in Practise*, 2. udgave, 2009.
- Udsen, Susanne** – *Ulige løn for andet arbejde. Økonomiske teorier om kønsforskelle på arbejdsmarkedet. Ph.d. serie 5.92*, Handelshøjskolen, Samfundslitteratur, 1992

DOMSREGISTER

Danske Domme:

- U.2008.306 V
- U.2009.1948 S
- U.2009.1966 V
- U.2009.2793 S
- U.2010.1748 V
- U.2010.2303 Ø
- U.2010.2610 V
- U.2011.2880 Ø
- U.2013.2435 V
- U.2013.2473 Ø
- U.2013.2575 H
- U.2014.990 V
- U.2014.1223 S

EU-domme:

- C-13/05 Chacòn Navas
- C-303/06 Coleman
- C-335 og 337/11 Ring-Werge
- C-81/12 Asociația Accept