

# HØJESTERETS DOM

## afsagt onsdag den 27. april 2016

**Sag 151/2015**

(1. afdeling)

Hørsholm Kommune

(advokat Elsebeth Aes-Jørgensen)

mod

FOA som mandatar for A

(advokat Jacob Goldschmidt)

Biintervenient til støtte for appellanten:

Kommunernes Landsforening

(advokat Elsebeth Aes-Jørgensen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Helsingør den 31. maj 2013 og af Østre Landsrets 21. afdeling den 26. februar 2015.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Niels Grubbe, Jon Stokholm, Lars Hjortnæs, Jan Schans Christensen og Anne Louise Bormann.

### **Påstande**

Parterne har gentaget deres påstande.

### **Anbringender**

Hørsholm Kommune har om spørgsmålet om indirekte forskelsbehandling supplerende anført bl.a., at beskyttelsen mod forskelsbehandling af en mor til et handicappet barn alene omfatter direkte forskelsbehandling. Det understreges af EU-Domstolens bemærkninger i Colemandommen om den generelle forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger. Sådanne foranstaltninger er der ifølge dommen kun pligt til at iværksætte, når det er medarbejderen selv, der er handicappet. Dette ræsonnement ligger helt i tråd med, at forpligtelsen til

at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger knytter sig til begrebet indirekte forskelsbehandling.

FOA som mandatar for A har heroverfor supplerende anført bl.a., at forskelsbehandlingslovens beskyttelse også gælder indirekte forskelsbehandling af forældre til et handicappet barn. Der er intet grundlag for at slutte modsætningsvis i forhold til Coleman-dommen, der vedrører direkte forskelsbehandling, og der er ikke holdbare argumenter for, at indirekte forskelsbehandling, der rammer forældre til et handicappet barn, ikke skulle være beskyttelsesværdigt og omfattet af beskyttelsen.

Ved en læsning af Coleman-dommen skal der sondres mellem de dele af dommen, hvor EU-Domstolen beskriver retstilstanden, og de dele af dommen, hvor EU-Domstolen besvarer spørgsmålene fra den forelæggende ret. EU-Domstolen sondrer intet sted i dommen ved beskrivelsen af retstilstanden mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. At det ikke fremgår direkte af konklusionen, er en naturlig følge af, at den forelæggende ret ikke har stillet spørgsmål, der muliggjorde det.

Forældre til et handicappet barn kan have behov for, at arbejdsmønstre tilpasses, så de kan hente børn eller kan varetage andre af handicappet afledte pasningsforpligtelser. For enhver omfattet af forskelsbehandlingsloven skal relevante tilpasningsforpligtelser udfindes. Det er en naturlig konsekvens af landsrettens dom, at arbejdsgivere pålægges at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger til imødegåelse af opsigelse af forældre til et handicappet barn. Tilpasningsforanstaltningerne skal naturligvis som for enhver anden, der er omfattet af beskyttelsesreglerne i forskelsbehandlingsloven vurderes i forhold til den byrde, det pålægger arbejdsgiveren. At opstille en regel om, at arbejdsgiveren i tilfælde af indirekte forskelsbehandling slet ikke er forpligtet til at tage hensyn, savner også mening.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Af udskrift af As søn Bs lægejournal fremgår bl.a.:

”14.07.09

...

Vi taler om, at jeg jo har troet, at pt. har passet sin skole mere end han måske egentlig har, hvilket han medgiver og forklarer det med, at han synes, han har været af sted mange dage, men ikke være i skolen tiden ud. Dette gør, at vi taler længe om fremtidig

skoletilbud, hvor pt. har et stort ønske om at blive i sin klasse og evt. fokusere på enkelte fag. Ved godt selv, at det ikke er realistisk, at han kan fuldføre normal skolegang.

...

30.07.09

...

Temaerne i dag omhandler hvilke ting der kan gøre pt. stresset og her nævner han når mange mennesker er forsamlet på et sted, at rod ind i mellem kan gøre ham stresset...

...

08.09.09

...

Pt.'s biologiske forældre møder op. Herfra ut.

De fortæller kort om sommerferien og at det har været rigtig godt at B forsøgte at starte i normal klasse. Var der en uge hvorefter han ikke kunne holde ud af at være der mere.

De har været til møde på skolen og der vil blive etableret hjemmeundervisning 10 timer ugentligt, således at det er 2 timer dagl. på skolen i relation til klassen.

...

10.02.10

...

Et andet tema i dag er patientens behov for forudsigelighed i forskellige situationer, såvel skolesituation, familiesituation og i fritiden. Der har aktuelt været en episode, hvor læreren i mandags præsenterede ham for nogle stileemner, hvilket han ikke var klar over han skulle i gang med, og det gjorde ham irriteret ikke at vide dette.

Det gjorde at han helt blokerede og ikke kunne komme i gang med opgaven.

...

07.07.10

...

Pt. møder i dag som aftalt fulgt at begge forældre

Der tages efter aftale en fælles samtale mhp. at gøre status, og hvordan pt.s. fremtidige tilknytning hertil skal være.

Pt. oplyser, at det nu er afklaret, at han starter på Ø-skolen d. 16. august i år, hvilket han ser frem til. Familien har endv. tilknyttet psykolog i kommunen som de går til samtaler hos, hvilket de også er tilfredse med.

Vi gør sammen status over, at pt. nu ikke har været psykotisk igennem det sidste års tid...

#### *Klinisk indtryk*

Fremtræder samlet og orienteret. Stemningslejet neutralt.

Psykomotorisk tempo normalt. Der er ingen tegn på psykosesymptomer, depressivitet eller angst, og pt. skønnes ikke homo- eller suicidal.

Har nu det sidste ½ års tid været velbehandlet.

#### *Beslutning*

Det er aftalt, at han fortsætter på aktuelle medicinering, og at det evt. kan komme på tale at reducere dosis, når han er faldet til på den nye skole."

Ved e-mail af 13. november 2015 stillede As advokat følgende spørgsmål til overlæge Lisbeth Hagenbøl:

”Vedhæftet er journal vedr. B.

På sidste side (side 36) er journalnotat af 7. juli 2010, hvor jeg henleder opmærksomheden på det under overskriften Klinisk indtryk anførte. Det starter med ”Fremtræder samlet og orienteret ...”.

På side 30 er journalnotat fra 3. marts 2010 hvor diagnosen Aspergers præsenteres for B og forældrene.

Jeg har streget ind med rødt.

Min interesser er, om du kan udtale dig om sammenhængen mellem de 2 notater.”

Lisbeth Hagenbøl svarede ved e-mail af 16. november 2015 følgende:

”Jeg har nu læst journalen igennem vedr. B.

Diagnosen der blev stillet var F84.5 Asperger syndrom, en autisme spektrum lidelse. De vanskeligheder han har i henhold til denne diagnose vil bestå livet igennem.

Derudover havde han i det forløb, jeg så ham, OCD F42.2 (tvangstanker og tvangshandlinger) samt Psykotiske symptomer. Han blev med baggrund i de sidste to diagnoser sat i antipsykotisk medicinsk behandling og det er dem Bitten Krarup refererer til i sit notat d. 7.7.2010, hvor hun skriver at pt. er ”velbehandlet”.

Jeg var ikke ansat på BUC Hillerød i juli 2010. Rejste til BUC Bispebjerg 1.5.15. Det var Overlæge Ann Chatillon der var den behandlingsansvarlige overlæge på dette tidspunkt.

Jeg kan rigtig godt huske Bs historie.

Håber han har det ok med de livslange vanskeligheder han har i relation til hans Asperger diagnose.”

## **Forklaringer**

Til brug for Højesteret er der afgivet en supplerende skriftlig vidneerklæring fra Manne Ljungberg, hvoraf bl.a. fremgår:

”Jeg kan vedstå forklaringen fra byretten, som den er gengivet i byretsdommen af 31. maj 2015. Det var dog i perioden 2008 til 2012, at jeg fungerede som områdeleder i Hørsholm Kommune – og ikke fra 2005 til 2013, som det ellers er anført i dommen.

Som områdeleder havde jeg det ledelsesmæssige ansvar for forholdene i institutionerne i ”Område Nord”. Arbejdsopgaverne indebar varetagelse af administrative og pædagogiske funktioner. Min baggrund er i øvrigt den, at jeg bl.a. har en almen pædagogisk uddannelse og en diplomuddannelse i ledelse.

Det er korrekt, at børnene i dagplejen blev passet af andre dagplejere i forbindelse med sygdom, ferie og øvrigt fravær. I den forbindelse var dagplejen tilrettelagt sådan, at vi gjorde, hvad vi kunne, for at undgå at børnene blev passet hos dagplejere, der var fremmede for dem.

Det blev – som det også er tilfældet i andre kommuner – løst ved, at der var legestuegrupper, hvor 4 dagplejere mødtes en gang om ugen. På den måde kom børnene til også at kende andre dagplejere, som børnene så i videst muligt omfang blev passet hos, hvis deres egen dagplejer var fraværende.

Når det er vigtigt, at børnene bliver passet af en person, som de i forvejen kender, skyldes det dels børnenes tarv, dels forældrenes ønsker. I forhold til børnenes tarv er det vigtigt at huske, at der jo er tale om helt små børn, der skal have tryghed gennem rutiner. Nogle børn får tillid til deres dagplejer med det samme, men man oplever også andre børn, som simpelthen har brug for en længere ”betænkningstid”, inden de føler sig trygge. Tryghed er afgørende for et barns udvikling i den alder. Det ligger simpelthen i små børns psykologi.

I forhold til forældrene er det derfor også meget naturligt, at man for sine børn ønsker, at de har trygge og stabile rammer hos den person, der skal passe børnene. Det gælder nok alle forældre, men de forældre, der vælger en dagpleje, har jo netop fravalgt vuggestuerne, som er langt større enheder, og altså tilvalgt den nærhed, der er forbundet med en dagpleje. Min erfaring er derfor, at det typisk giver anledning til stor bekymring hos forældrene, når børn af den ene eller anden årsag skal passes hos en anden dagplejer.

Af de grunde gjorde vi derfor altid, hvad vi kunne, for at undgå at børnene skulle passes hos andre end deres sædvanlige dagplejer. Når det så alligevel var nødvendigt, sørgede vi for, at de i hvert fald blev passet af en af de øvrige dagplejere, som de havde mødt i legestuegruppen. Ved udvælgelsen af A lagde vi – som det også blev forklaret i byretten – vægt på, at det afgørende for, hvem der skulle indstilles til afskedigelse, var, at det skulle berøre den daglige drift mindst muligt. Min opgave i den forbindelse var at sikre, at den daglige drift blev berørt mindst muligt, og at børnenes tarv var i fokus.

På den vis er kommunen jo en serviceorganisation for borgerne. Det er min opfattelse, at det ville have været vanskeligt at forklare forældrene, hvis vi havde valgt en anden end A, fordi perspektivet fra de berørte forældres side så formentlig ville have været det, at deres barn nu skulle passes hos en vildtfremmed dagplejer, fordi kommunen skulle skære ned i dagplejen – selvom de jo bare kunne have klaret det ved at fyre dagplejen uden børn i stedet. I sidste ende ville en sådan prioritering nok også kunne have givet anledning til panderynken hos det politiske niveau.”

## **Retsgrundlag**

Forskelsbehandlingsloven indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

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

*Stk. 2.* Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

*Stk. 3.* Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog § 2 a.

...

§ 2 a. Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

§ 2 a blev indsat i forskelsbehandlingsloven ved lov nr. 1417 af 22. december 2004. Af bemærkningerne til § 2 a i lovforslaget (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 92, s. 2705) fremgår bl.a.:

”Der foreslås indsat en henvisning i bestemmelsen til § 2a, der fastslår arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelser i forhold til lønmodtagere med handicap, jf. nærmere lovforslagets nr. 11. Henvisningen indebærer, at en arbejdsgiver, i de tilfælde hvor et kriterium kan vise sig at være saglig indirekte forskelsbehandling af personer med handicap, skal undersøge om en passende foranstaltning vil kunne give personer med handicap adgang til beskæftigelsen alligevel. Der er således tale om en skærpet proportionalitetsvurdering i forhold til personer med handicap. Samspillet mellem de 2 bestemmelser er centralt for vurderingen af, hvorvidt der er tale om saglig indirekte forskelsbehandling af en person med handicap.”

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

#### *”Artikel 1*

##### Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af for-

skelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

## *Artikel 2*

### Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.
2. I henhold til stk. 1
  - a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.
  - b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre
    - i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller
    - ii) medmindre arbejdsgiveren eller enhver anden person eller organisation omfattet af dette direktiv, i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikel 5 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger af denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis.

...

## *Artikel 5*

### Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang

Med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, foretages der tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Hvis denne byrde i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den pågældende medlemsstats handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

EU-Domstolen har i dom af 17. juli 2008 i sag C-303/06 (Coleman) besvaret præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af beskæftigelsesdirektivet.

Hovedspørgsmålet i denne sag var, om en person, der ikke selv var handicappet, men havde et handicappet barn, som hun ydede pleje, var beskyttet af beskæftigelsesdirektivets forbud mod direkte forskelsbehandling og chikane.

EU-Domstolen udtalte bl.a.:

- ”34 Direktiv 2000/78 har ifølge artikel 1 til formål at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.
- 35 Ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde, herunder handicap.
- ...
- 38 Det fremgår således ikke af disse bestemmelser i direktiv 2000/78, at det ligebehandlingsprincip, som tilstræbes garanteret med direktivet, er begrænset til personer, som selv har et handicap i dette direktivs forstand. Tværtimod har direktivet til formål at bekæmpe alle former for forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, som skyldes et handicap. Det ligebehandlingsprincip, som er fastsat i direktivet inden for dette område, gælder således ikke for en bestemt persongruppe, men finder anvendelse af de grunde, som er nævnt i direktivets artikel 1. Denne fortolkning bekræftes af ordlyden af artikel 13 EF, som udgør hjemmelen for direktiv 2000/78, hvorved Fællesskabet er tillagt beføjelse til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling bl.a. på grund af handicap.
- 39 Ganske vist indeholder direktiv 2000/78 en række bestemmelser, der, som det fremgår af selve disses ordlyd, kun gælder for handicappede personer. Det er således fastsat i artikel 5, at der med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, skal foretages tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve en sådan beskæftigelse eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde.
- ...
- 42 Herom bemærkes, at den omstændighed, at de bestemmelser, som er nævnt i denne doms præmis 39 og 40, særlig vedrører personer, som er ramt af et handicap, skyldes, at der enten er tale om bestemmelser vedrørende foranstaltninger, som indebærer en positiv forskelsbehandling til fordel for selve den handicappede person, eller om særforanstaltninger, som ville være meningsløse eller kunne være uforholdsmæssige, hvis ikke de var begrænset til personer, som er ramt af et handicap. Som det fremgår af direktivets betragtning 16 og 20, er der tale om foranstaltninger, som har til formål at tage hensyn til handicappede personers behov på arbejdspladsen og at indrette arbejdsstedet efter de pågældendes handicap. Formålet med sådanne foranstaltninger er derfor specielt at muliggøre og fremme



handicappede personers erhvervsmæssige integration, hvorfor de kun vedrører handicappede og de forpligtelser, som i denne forbindelse påhviler disses arbejdsgivere og i givet fald medlemsstaterne.

- 43 Den omstændighed, at direktiv 2000/78 indeholder bestemmelser med det særlige formål at tage hensyn til handicappede personers behov, giver derfor ikke grundlag for at antage, at det i direktivet indeholdte ligebehandlingsprincip skal fortolkes indskrænkende, og at det udelukkende indeholder et forbud mod direkte forskelsbehandling på grund af et handicap og alene vedrører de handicappede personer selv. I øvrigt tales der i direktivets sjette betragtning, hvori der henvises til fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, såvel som den generelle bekæmpelse af alle former for forskelsbehandling som om nødvendigheden af at træffe passende foranstaltninger til at sikre social og økonomisk integrering af ældre og personer med handicap.

...

- 56 På grundlag af de anførte betragtninger må første del af det første spørgsmål samt det andet og tredje spørgsmål besvares med, at direktiv 2000/78, og navnlig artikel 1, artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra a), skal fortolkes således, at det heri fastsatte forbud mod direkte forskelsbehandling ikke er begrænset til personer, som selv har et handicap. Når en arbejdsgiver behandler en ansat, der ikke selv har et handicap, ringere, end en anden ansat bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, og det er bevist, at den ringere behandling, som den ansatte har været udsat for, skyldes et handicap hos den pågældendes barn, som vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for, er en sådan behandling i strid med forbuddet mod direkte forskelsbehandling i artikel 2, stk. 2, litra a).”

EU-Domstolen har i dom af 16. juli 2015 i sag C-83/14 (CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD) besvaret præjudicielle spørgsmål om bl.a. fortolkning af Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race og etnisk oprindelse.

Denne sag angik et tilfælde, hvor elmålere i en bydel, som i overvejende grad var beboet af personer af romaoprindelse, var anbragt i 6-7 meters højde, mens elmålerne i andre bydele var anbragt i ca. 1,70 meters højde, hvor de umiddelbart kunne aflæses af forbrugerne. Denne praksis var begrundet med, at uberettigede indgreb i elmålerne og ulovlig tapning af el angiveligt forekom særligt hyppigt i ”romakvarterer”. Hovedspørgsmålene i sagen var dels, om denne praksis udgjorde direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, dels om en forretningsdrivende, der ikke selv var af romaoprindelse, var beskyttet af direktivets forbud mod forskelsbehandling.

Af generaladvokatens forslag til afgørelse af 12. marts 2015 fremgår bl.a.:

- ”102. Afslutningsvis skal det kort undersøges, om den omstændighed, at Nikolova som klager i hovedsagen åbenbart ikke selv tilhører den etniske romabefolkning, men blot er berørt af den omtvistede praksis i bydelen Gizdova Mahala som indehaver af en fødevarebutik, i det foreliggende tilfælde er til hinder for, at der fastslås at foreligge indirekte forskelsbehandling. Spørgsmålet er i sidste ende, om forskelsbehandlingen af romaerne i bydelen Gizdova Mahala, når den kun indirekte hænger sammen med disses etniske oprindelse, er tilstrækkelig som grundlag for at fastslå, at Nikolova ”forskelsbehandles ved tilknytning”. Det skal med andre ord afklares, om det inden for rammerne af indirekte forskelsbehandling retligt set kan antages, at der foreligger ”forskelsbehandling ved tilknytning” (53).
103. CHEZ har anført, at ”forskelsbehandling ved tilknytning” kun kan antages at foreligge inden for rammerne af direkte forskelsbehandling, men ikke inden for rammerne af indirekte forskelsbehandling.
104. Jeg deler ikke denne opfattelse. Det er muligt, at Domstolen hidtil kun har haft lejlighed til at behandle problematikken vedrørende ”forskelsbehandling ved tilknytning” med henblik på et tilfælde med direkte forskelsbehandling (54). Dette betyder dog ikke, at den på nogen måde har udelukket, at der kan antages at foreligge ”forskelsbehandling ved tilknytning” i tilfælde af indirekte forskelsbehandling.
105. Strukturelle særegenheder i de faktiske forhold vedrørende den indirekte forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 2, litra b), i direktiv 2000/43, der kunne tale imod, at en person anses for at være ”forskelsbehandlet ved tilknytning”, er ikke blevet fremført af nogen af procesdeltagerne og ses heller ikke at foreligge.
106. Jeg anser det i øvrigt for retfærdigt at anerkende begrebet ”forskelsbehandling ved tilknytning” i forbindelse med indirekte forskelsbehandling på samme måde som i forbindelse med direkte forskelsbehandling.
- ...
147. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Administrativen sad Sofia-grad på følgende måde:
- 1) I et område, der hovedsageligt bebos af mennesker fra en bestemt etnisk gruppe, kan også andre personer, der er etableret i dette område, og som ikke selv tilhører denne etniske gruppe, påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, såfremt de i forbindelse med en foranstaltning forskelsbehandles ved tilknytning på grund af foranstaltningens generelle og kollektive karakter.”

EU-Domstolen udtalte bl.a.:

- ”1) Begrebet ”forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse” som omhandlet i Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, herunder i direktivets artikel 1 og artikel 2, stk. 1, skal fortolkes således, at dette begreb under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, hvor alle elmå-

lerne i en bydel, som i overvejende grad bebos af personer af romaoprindelse, er anbragt i en højde af seks til syv meter på elmåstænder, der udgør en del af elektricitetsnettet af luftledninger, mens sådanne elmåstænder i andre bydele er anbragt i under to meters højde, finder anvendelse, uden at der skal sondres mellem, om nævnte kollektive foranstaltning berører personer, der er af en vis etnisk oprindelse, eller om den berører personer, der, uden at være af denne oprindelse, sammen med førstnævnte personer udsættes for en ringere behandling eller stilles særlig ufordelagtigt som følge af denne foranstaltning.

...

- 3) Artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/43 skal fortolkes således, at en foranstaltning som den, der er beskrevet i denne domskonklusions punkt 1, udgør direkte forskelsbehandling som omhandlet i denne bestemmelse, såfremt det viser sig, at nævnte foranstaltning er blevet indført og/eller opretholdes af grunde, der er knyttet til den fælles etniske oprindelse af størstedelen af beboerne i den omhandlede bydel, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere under hensyntagen til alle de relevante omstændigheder i sagen samt reglerne om omvendt bevisbyrde i nævnte direktivs artikel 8, stk. 1.”

### **Højesterets begrundelse og resultat**

Sagens hovedspørgsmål er, dels om As søn B var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, da hun blev opsagt, dels om Hørsholm Kommune ved opsigelsen af hende har tilsidesat forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.

#### *Handicap*

Højesteret finder, at B, da A blev opsagt i maj 2010, led af Aspergers syndrom i en sådan grad, at han var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Højesteret har herved lagt vægt på, at B i marts 2010 fik stillet diagnosen Aspergers syndrom, som er en varig udviklingsforstyrrelse. Højesteret har endvidere lagt vægt på As forklaring, der understøttes af de lægelige oplysninger, hvorefter B som følge af sit Aspergers syndrom havde betydelig funktionsbegrænsning med hensyn til bl.a. sine sociale kompetencer og evne til at håndtere forandringer i hverdagen, og at denne funktionsbegrænsning bl.a. forhindrede ham i en normal skolegang.

#### *Direkte forskelsbehandling*

Efter forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2, foreligger der direkte forskelsbehandling, når en person på grund af handicap behandles ringere, end en anden bliver behandlet i en tilsvarende situation.

Højesteret lægger efter Hørsholm Kommunes breve af 17. og 31. maj 2010 til grund, at årsagen til opsigelsen af A var nednormering i dagplejen, og at hun blev udvalgt til opsigelse, fordi hun på grund af orlov og sygdom ikke havde fungeret som dagplejer siden januar 2009, og fordi det efter kommunens vurdering ikke ville være pædagogisk forsvarligt at vælge en løsning, der ville indebære, at børn skulle flyttes fra deres nuværende dagplejer til en dagplejer, de ikke kendte.

Årsagen til opsigelsen var således ikke As søns handicap, men hendes langvarige fravær fra dagplejen. Højesteret finder derfor, at A ikke har været udsat for direkte forskelsbehandling, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2.

#### *Indirekte forskelsbehandling*

Efter forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, foreligger der indirekte forskelsbehandling, når et kriterium, der tilsyneladende er neutralt, stiller en person med handicap ringere end andre personer, medmindre kriteriet er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Det er ubestridt, at det som følge af faldende børnetal var nødvendigt at opsiges én dagplejer i Hørsholm Kommune. Ved valget af, hvilken dagplejer der skulle opsiges, lagde Hørsholm Kommune afgørende vægt på hensynet til at undgå at flytte børn til en dagplejer, de ikke kendte. Dette kriterium førte til opsigelsen af A, da hun som følge af sit fravær ikke aktuelt havde børn i dagpleje, og ikke fra legestuer mv., som dagplejerne deltog løbende i, kendte børn, der aktuelt var i dagpleje hos andre.

Højesteret finder, at hensynet til ikke at flytte børnene til en dagplejer, de ikke kendte, var sagligt, og at valget af A som den dagplejer, der skulle opsiges, var hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå dette mål. Højesteret har herved bl.a. lagt vægt på områdeleder Manne Ljungbergs forklaring om, hvordan dagplejen var tilrettelagt for at sikre trygge og stabile rammer for børnene ved så vidt muligt at undgå, at de blev passet hos dagplejere, de ikke kendte.

Det kan ikke føre til andet resultat, at det undertiden i en uafvendelig situation f.eks. på grund af en dagplejers sygdom kan være nødvendigt at flytte et barn til en dagplejer, det ikke kender.

Opsigelsen af A var derfor ikke indirekte forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven.

Højesteret har herefter ikke anledning til at tage stilling til, om forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, overhovedet omfatter en situation, hvor en medarbejder, der ikke selv er handicappet, rammes af en foranstaltning i kraft af sin tilknytning til sit handicappede barn.

Højesteret bemærker herom, at forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, efter sin ordlyd omfatter personer med handicap, og at den henviser til lovens § 2 a, der omhandler foranstaltninger for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse. Forarbejderne til § 2 a understreger sammenhængen mellem disse bestemmelser, der begge taler om en person, der selv er handicappet, og ikke en person, der blot har tilknytning til en handicappet person.

Forskelsbehandlingsloven skal imidlertid også fortolkes i lyset af beskæftigelsesdirektivet og EU-Domstolens praksis.

Forskellen i ordlyden af beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a, som definerer direkte forskelsbehandling, og artikel 2, stk. 2, litra b, der definerer indirekte forskelsbehandling, taler for, at forbuddet mod indirekte forskelsbehandling kun omfatter personer, der selv er handicappede. Direkte forskelsbehandling foreligger således ifølge direktivet, hvis ”en person af en af de i artikel 1 anførte grunde [herunder handicap] behandles ringere”. Indirekte forskelsbehandling foreligger derimod, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille ”personer med ... et bestemt handicap” særlig ufordelagtigt. Ved indirekte forskelsbehandling synes ordlyden således at vise, at bestemmelsen kun angår ”personer med handicap”, hvorimod direkte forskelsbehandling omfatter forskelsbehandling på grund af handicap, uanset hvem der er den handicappede. Dette understøttes af, at bestemmelsen om pligt til at træffe passende foranstaltninger alene angår den handicappede person.

Ved fortolkningen af direktivet indgår imidlertid også direktivets formål, som er at bekæmpe forskelsbehandling bl.a. på grund af handicap.

På baggrund heraf og efter EU-Domstolens dom af 17. juli 2008 (Coleman) og EU-Domstolens dom af 16. juli 2015 (CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD) samt generaladvokatens udtalelse af 12. marts 2015 i denne sag finder Højesteret, at den rette forståelse af beskæftigelsesdirektivet hverken er klar eller afklaret. En stillingtagen til, hvad der er den rette forståelse, kræver derfor en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

Da spørgsmålet, om indirekte forskelsbehandling på grundlag af en medarbejders tilknytning til et handicappet barn er omfattet af forskelsbehandlingsloven, ikke er afgørende for udfaldet af denne sag, er der imidlertid ikke grundlag for præjudiciel forelæggelse.

Højesteret frifinder herefter Hørsholm Kommune.

### **Thi kendes for ret:**

Hørsholm Kommune frifindes.

I sagsomkostninger for byret, landsret og Højesteret skal FOA som mandatar for A betale 156.000 kr. til Hørsholm Kommune.

Sagsomkostningsbeløbet skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.