

HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 22. november 2017

Sag 305/2016

(2. afdeling)

Finanssektorens Arbejdsgiverforening som mandatar for A A/S

(advokat Merete Preisler)

mod

Finansforbundet som mandatar for B

(advokat Peter Breum)

I tidligere instanser er afsagt dom af Københavns Byret den 12. februar 2015 og af Østre Landsrets 3. afdeling den 30. juni 2016.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Jon Stokholm, Jens Peter Christensen, Oliver Talevski og Lars Apostoli.

Påstande

Appellanten, Finanssektorens Arbejdsgiverforening som mandatar for A A/S, har principalt nedlagt påstand om frifindelse og tilbagebetaling af domsbeløbet på 503.098,68 kr. med procesrente, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb, som fratrækkes domsbeløbet på 503.098,68 kr.

Indstævnte, Finansforbundet som mandatar for B, har påstået stadfæstelse.

Anbringender

Finanssektorens Arbejdsgiverforening som mandatar for A har supplerende anført navnlig, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven efter dansk og EU-retlig praksis forudsætter, at der på opsigelsestidspunktet foreligger en lægeligt diagnosticeret sygdom. Denne betingelse er ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, hvor det på opsigelsestidspunktet alene stod fast, at B led af træthed efter operationen i september 2012. Trætheden var ikke en sygdom eller et

handicap, men alene følgevirkningen af en operation. På opsigelsestidspunktet forelå der i øvrigt heller ikke nogen lægelig prognose om varigheden af Bs træthedstilstand.

I øvrigt kunne banken ikke vide, at der var tale om et handicap, som kunne nødvendiggøre tilpasningsforanstaltninger. Faktisk har banken dog forsøgt at afhjælpe de problemer, som Bs træthed medførte, inden hun blev afskediget på grund af sit omfattende sygefravær.

En godtgørelse svarende til 12 måneders løn for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven er under alle omstændigheder for stor under de foreliggende omstændigheder.

Finansforbundet som mandatar for B har supplerende anført navnlig, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven ikke forudsætter, at der på opsigelsestidspunktet foreligger en lægeligt diagnosticeret sygdom. Det er tilstrækkeligt, at funktionsnedsættelsen er lægeligt fastslået. Hverken diagnosetidspunktet eller eventuel uklarhed om diagnosen er afgørende for, om der er tale om et handicap i lovens forstand.

Der er fremlagt lægeerklæringer både fra tiden før og efter opsigelsestidspunktet, og det fremgår af disse erklæringer, at der var tale om en abnorm og invaliderende træthedstilstand (benævnt "fatigue") som følge af hjerneoperationen i september 2012, og at der ikke var udsigt til afgørende bedring inden for overskuelig fremtid.

B var helt åben om sin træthedstilstand over for banken og forsøgte at informere ledelsen yderligere herom bl.a. ved at lade C fra hjerneskadecentret BOMI forsøge at etablere en kontakt til personalechefen. Disse bestræbelser blev imidlertid mødt med afvisning, og det samme gælder Bs bestræbelser på at få banken til at medvirke til etablering af en fleksjobløsning.

Opsigelse på grund af sygefravær kunne være afværget ved hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, og det var bankens manglende opfyldelse af sin forpligtelse til at træffe sådanne foranstaltninger, jf. forskelsbehandlingslovens § 2 a, som førte til opsigelsen. Forskelsbehandlingslovens forbud mod direkte forskelsbehandling er derfor overtrådt. Godtgørelsen er passende fastsat.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår, om B blev udsat for forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med, at A A/S opsagde hende den 28. august 2013.

Handicap

Som det fremgår af bl.a. Højesterets domme af 13. juni 2013 (UfR 2013.2575), 23. juni 2015 (UfR 2015.3301) og 11. august 2015 (UfR 2015.3827) skal forskelsbehandlingslovens handicapbegreb fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet (Rådets direktiv 2000/78/EF) og EU-Domstolens fortolkning af dette direktiv. Beskrivelsen af handicapbegrebet i de nævnte højesteretsdomme på baggrund af EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge) skal ses i lyset af, at funktionsbegrænsningen hos den berørte arbejdstager i dommene var forårsaget af en lægeligt diagnosticeret sygdom. Højesteret havde således ikke i de nævnte domme anledning til at tage stilling til, om der kan blive tale om handicap i forskelsbehandlingslovens og det bagvedliggende direktivs forstand, hvis funktionsbegrænsningen ikke skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret.

EU-Domstolen har flere gange fastslået, at sygdom ikke i sig selv er omfattet af handicapbegrebet, jf. bl.a. præmis 47 i dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05 (Navas) og præmis 42 i Ring og Werge-dommen. Efter EU-Domstolens praksis skal begrebet ”handicap” i direktivets forstand forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, jf. bl.a. præmis 38 i Ring og Werge-dommen og præmis 36 i dom af 9. marts 2017 i sag C-406/15 (Milkova). Funktionsbegrænsningen skal være ”langvarig”, før der kan være tale om et handicap i direktivets forstand, jf. bl.a. præmis 39 i Ring og Werge-dommen, og præmis 42 sammenholdt med præmis 48 i dom af 1. december 2016 i sag C-395/15 (Daoudi).

Det er efter EU-Domstolens praksis ikke en betingelse for, at der foreligger et handicap i direktivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret. Det må således bero på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for

den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivets og dermed forskelsbehandlingslovens forstand.

Af Daoudi-dommen fremgår i øvrigt bl.a. (præmisserne 49-59), at direktivet ikke definerer, hvornår en funktionsbegrænsning må anses for ”langvarig”, og at bedømmelsen heraf frem for alt er faktisk og dermed overladt til de nationale domstole. De nationale domstole skal ved bedømmelsen af, om funktionsbegrænsningen er langvarig, lægge ”samtlige ... objektive beviselementer” til grund, herunder navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.

Det er arbejdstageren, der har bevisbyrden for, at denne på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling var handicappet i den nævnte forstand, herunder at funktionsbegrænsningen var af langvarig karakter.

Den konkrete sag

Af de grunde, landsretten har anført, tiltræder Højesteret, at Bs træthedstilstand er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, og at A burde have været bekendt med, at hun var handicappet i lovens forstand. Højesteret tiltræder endvidere, at banken ikke har opfyldt sin pligt til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2 a, og at opsigelsen af B indebar forskelsbehandling på grund af handicap i strid med forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1. Af de af landsretten anførte grunde tiltræder Højesteret endvidere, at godtgørelsen er fastsat til 12 måneders løn.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Finanssektorens Arbejdsgiverforening som mandatar for A A/S betale 60.000 kr. til Finansforbundet som mandatar for B.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Finanssektorens Arbejdsgiverforening som mandatar for A A/S betale 60.000 kr. til Finansforbundet som mandatar for B.

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