

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 11. august 2015

Sag 104/2014

(1. afdeling)

Dansk Erhverv som mandatar for Skibby Supermarked A/S

(advokat Peter Vibe)

mod

HK/Danmark som mandatar for A

(advokat Michael Møllegaard Jessen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 5. afdeling den 2. juni 2014.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Niels Grubbe, Vibeke Rønne, Oliver Talevski og Lars Apostoli.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Betalingspåstanden på 655.594 kr. udgør summen af en erstatning svarende til 5 måneders løn med tillæg af feriegodtgørelse (156.094 kr.) og en godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven svarende til 18 måneders løn (499.500 kr.).

Anbringender

Dansk Erhverv som mandatar for Skibby Supermarked A/S har supplerende anført, at hvis det lægges til grund, at As leddegigt havde karakter af et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, havde Skibby Supermarked ikke kendskab hertil og burde heller ikke have haft det. I den forbindelse kan der alene lægges vægt på oplysninger, der forelå på opsigelsestidspunktet.

Endvidere har Skibby Supermarked som nyt anbringende gjort gældende, at et eventuelt krav på yderligere løn skal reduceres med 81.467 kr. svarende til de sygedagpenge, som A har modtaget i hele opsigelsesperioden. I hvert fald skal der ske fradrag med 32.587 kr. svarende til sygedagpengene for den del af opsigelsesperioden, som rækker ud over minimalerstatningsperioden på 3 måneder, jf. funktionærlovens § 3, stk. 2. Dette følger af de almindelige erstatningsregler og af sygedagpengelovens regler om, at en arbejdsgiver indtræder i lønmodtagerens ret til sygedagpenge, når der ydes løn under sygdom. A har således ikke krav på at blive stillet bedre, end hvis opsigelse var sket med 6 måneders varsel. Resultatet følger også af princippet om dobbeltforsørgelse samt den almindelige berigelsesgrundsætning.

HK/Danmark som mandatar for A har anført, at Skibby Supermarked havde kendskab til hendes handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger.

Hun bestrider ikke at have modtaget sygedagpenge i hele opsigelsesperioden, men gør gældende, at dette ikke kan begrunde en reduktion af lønkravet mod Skibby Supermarked. Udbetalingen af sygedagpenge er et mellemværende mellem hende og kommunen. En fradragsret for arbejdsgiveren måtte forudsætte et hjemmelsgrundlag i lov eller aftale, og et sådant grundlag foreligger ikke.

Supplerende sagsfremstilling

For Højesteret er der fremlagt yderligere oplysninger til belysning af As sygdom mv. Speciallæge i reumatologi og intern medicin Per Johansen har i en erklæring af 28. februar 2011 udtalt bl.a.:

”AKTUELT.

...

Hun har problemer med hævelser og smerter i håndleddene. Tåler ikke at overanstrenge sig eller overskride sine grænser. Får hurtigt tilbagefald, hvis hun gør det. Også problemer med smerter i venstre hofte. Nogen morgenstivhed. Bliver hurtigt træt ved arbejde.

...

KONKLUSION.

...

Fik diagnosen leddegigt stillet i 2008. På diagnosetidspunktet havde hun allerede udviklet irreversible ledskader i håndleddene.

...

Sygdommen er kronisk.
Den er livslang.

Der findes ingen helbredende behandling, men sygdommen kan holdes i ro med mediciner.

...

Funktionsevnen er nedsat og den er varigt nedsat.”

I en udtalelse af 8. januar 2014 fra overtandlæge Susanne Friis, Tandklinikken Lejre Kommune, hedder det:

”A blev ansat ved Lejre Kommunale Tandpleje i et tidsbegrænset flexjob 1-1-2011. Ansættelsen blev fra 1-4-2011 ændret til flexjob uden tidsbegrænsning.

A varetager tandplejens bogholderi. Det drejer sig om betaling af regninger, udskrivning af regninger, bogføring og kvartalsregnskaber i samarbejde med Lejre kommunes regnskabsafdeling. Desuden står A for kontakten til tandplejens privatpraktiserende samarbejdspartnere, i alt ca. 100 privatpraktiserende tandlæger.

Derudover udfører A receptionsarbejde og kundebetjening samt diverse administrative opgaver.

A har nemt ved at sætte sig ind i nye systemer og arbejdsgange. Hun arbejder hurtigt og præcist med stor omstillingsevne og samarbejdsvilje.

A fik 1-4-2013 tildelt kvalifikationstillæg for selvstændigt arbejde med administrative opgaver.

I forhold til kollegaer er A hjælpsom, samarbejdsvillig og initiativrig og er derfor en værdifuld og afholdt medarbejder på Tandklinikken.”

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet forklaring af statsautoriseret revisor Allan Østergaard Jørgensen samt supplerende forklaring af Michael Thomsen og A.

Statsautoriseret revisor Allan Østergaard Jørgensen har forklaret bl.a., at han har været revisor for Skibby Supermarked siden stiftelsen og således også for Niels-Henrik Hoffmann i 2009. Han udfører den lovpligtige revision af selskabet, herunder årsrapport, baseret på det materiale, han modtager fra butikken. Derudover foretager han løbende rådgivning f.eks. vedrørende skat. Han får leveret et fuldt afstemt og gennemgået materiale fra klienten. Han foretager ikke regnskabsmæssig assistance med bistand til bogholderiet. Dette foretager virksomheden selv, herunder afstemning. Han havde ikke indgående kendskab til den medarbejder, som udførte bogholderiarbejdet, da virksomheden blev overdraget til Niels-Henrik Hoffmann. Efter overdragelsen blev bogholderen udskiftet.

Bogholderiet i Skibby Supermarked er forbundet med en meget stor transaktionsmængde på 120.000-125.000 enkelttransaktioner om året, hvilket formentlig svarer til 25.000 enkeltbilag om året. Arbejdet kræver, at bogholderen har lang erfaring i bogholderi og uddannelsesmæssige forudsætninger for at bestride jobbet. Arbejdet indebærer arbejdsopgaver, som svarer til arbejdet for en controller eller en ”halv” regnskabschef. Den almindelige uddannelse som bogholder varer 3 år. Han ville nødtigt selv ansætte en bogholder til jobbet i Skibby Supermarked, som havde under 5-8 års praktisk erfaring med at stå alene med et bogholderi. En nyuddannet bogholder kan ikke løfte opgaven alene. Der er kun en bogholder ansat i Skibby Supermarked.

Det daglige bogholderiarbejde i Skibby Supermarked indebærer registrering af alle transaktioner, herunder varekøbstransaktioner og salgsafregninger fra kassesystemet. Dertil kommer registrering af omkostninger og lønbogholderi, herunder ansvaret for at løn udbetales korrekt og til tiden. Arbejdet omfatter desuden momsafregninger, anlægskartotek og periodiseringer, hvor omkostninger og udgifter henføres til rigtige perioder. Dertil kommer bankafstemninger, der skal afstemmes løbende, afstemning af kasser og afstemning af dankort. På kreditorsiden indebærer arbejdet afstemning af hovedkreditorer og oplæg til betalinger. Dertil kommer almindelig gennemgang og analyse af bogholderiet.

Kontoplanen i Skibby Supermarked er på 650-800 konti. I et købmandsbogholderi er der ca. 90 købskonti, ca. 90 varelagerreguleringskonti mv., og derved bliver antallet af konti stort. Bogholderen udfører arbejdsopgaver, der normalt ville udføres af en regnskabschef, såsom momsregnskab. Bogholderen udfører desuden controlleropgaver med løbende at udarbejde det grundlag, som virksomheden styres efter. Det kan være afdelings- eller ad hoc regnskaber, som f.eks. bruges til at analysere en uforklarlig udvikling. Det er komplekse arbejdsopgaver, og han vil fraråde at arbejdet udføres af en person uden bogholderiuddannelse og bogholderierfaring. Da der er tale om en stor mængde transaktioner, vil bogholderiet kunne ”vælte” i løbet af dage eller uger og være vanskeligt at genoprette.

Det vil ikke have betydning for processen med at oplære en bogholder til et supermarked som Skibby Supermarked, om vedkommende har 10 års erfaring med at arbejde i butikken – heller ikke hvis der er tale om erfaring med administrativ planlægning. Det altovervejende vigtige for at bestride jobbet er, at man har den erfaring og de kompetencer, som kræves.

Bogholderi indebærer i dag kun få arbejdsopgaver af simpel karakter, og der er ikke meget manuelt arbejde. De simple arbejdsopgaver fylder ikke noget, fordi simple opgaver foretages elektronisk. Betaling af regninger foregår således elektronisk, og arbejdet med at lægge regninger ind i systemet er uvæsentligt. Lønindberetning er kompliceret, da man skal kende bl.a. skattereglerne på området.

Michael Thomsen har overordnet godkendt gengivelsen af sin forklaring i landsrettens dom. Yderligere har han forklaret, at da A i 2009 kom til ham, fortalte hun, at hun ikke kunne klare sine opgaver i nonfoodafdelingen. Han husker det sådan, at A ikke kunne klare de tunge arbejdsopgaver med løft. Han foreslog A at blive leder af kassen og kiosken, fordi det ikke var lige så tungt som arbejdet for en almindelig afdelingsansvarlig. Kassen og kiosken modtog ikke så mange varer, og arbejdet var mere administrativt. Han talte med A om, at arbejdet i kassen og kiosken kunne være lettere, og om A ville kunne klare det. A svarede, at forslaget ikke var interessant. Han kan ikke huske, om hun uddybede sit svar.

Lederen af kassen og kiosken skulle indgå i bemanningen af kasse og kiosk med omkring 70-80 % af lederens arbejdstid, således at lederen i 70-80 % af arbejdstiden skulle sidde i kassen eller stå i kiosken. Lederen ville imidlertid selv kunne planlægge arbejdstiden og derved næsten undgå at sidde i kassen, hvor arbejdet indebærer mange vrid i kroppen og er mere fysisk krævende. Lederen kunne i stedet stå i kiosken, hvor arbejdet udføres stående, hvor varerne ikke er så tunge, og hvor arbejdet ikke er lige så fysisk hårdt. Han kan ikke huske, om han sagde til A, at hun som leder af kassen og kiosken ikke ville behøve at sidde i kassen.

Der var 4 kassesluser i Skibby Supermarked, hvoraf højst 2-3 var åbne i de almindelige dagtimer. Ved pauser afløste ansatte fra "gulvet" i kassen. Afløsning blev bestemt af den medarbejder, som lavede arbejdsplanen, hvilket på det tidspunkt var ham som butikschef, idet der ikke var nogen leder af kassen og kiosken.

Han foreslog A at blive leder af postafdelingen, som var Post Danmarks "butik i butikken", og som supermarkedet bemandede. Han tilbød A at blive leder af postafdelingen i forbindelse med, at han tilbød hende at blive leder af kassen og kiosken. Arbejdet i postafdelingen svarede til arbejdet i kiosken, men var mere stille og kunne udføres siddende. A svarede også til dette, at hun ikke var interesseret. Som han husker det, sagde hun nej til tilbuddet, men han

kan ikke huske, om hun uddybede sit svar. Han er ret overbevist om, at de også talte om stillingen i postafdelingen. Han synes ikke, at A var positiv over for de forslag, hun fik tilbudt.

Andre skånende arbejdsopgaver, som ikke indebar tungt arbejde, kunne være at lave arbejdstidsplaner. Der udarbejdes arbejdsplan for 16 uger ad gangen, hvilket tager et par dage. Derefter tager det ca. en halv time om dagen at foretage daglige rettelser vedrørende ferie og sygdom. Dette arbejde udførte han som butikschef.

Derudover var der skånende arbejdsopgaver i de enkelte afdelinger. Der var fire afdelinger i forretningen. De administrative opgaver i afdelingerne bestod i fakturabehandling, prissætning og skilteskrivning, som afdelingslederen foretog.

De enkelte afdelinger behandlede egne fakturaer og skilte, fordi de havde indblikket i afdelingens varer, f.eks. af hensyn til prissætning i forhold til konkurrenter. Afdelingerne havde de bedste kompetencer til at løse disse opgaver, og det ville ikke være muligt at overføre opgaverne til en, som også lavede arbejdsplaner, men som ikke havde indsigt i afdelingen. Hvis A skulle gives andre skånende opgaver, der kunne kombineres med at lave arbejdstidsplaner, skulle det hele laves om. Der var derfor ikke andre skånende arbejdsopgaver at kombinere med. Det var for hårdt for A at sidde i kassen. De eneste muligheder var som leder af kassen og kiosken eller som leder af postafdelingen, hvilket A fik tilbudt.

Fakturaerne fulgte varerne og blev behandlet i de enkelte afdelinger. Når de modtog varer, skulle fakturaen behandles elektronisk i systemet. Arbejdsopgaven med at behandle fakturaer skulle ligge i afdelingerne, som modtog varerne. Afdelingslederen bestemte udsalgsprisen, og det kunne en centralt placeret kontormedarbejder ikke gøre. Der var vejledende avancer, men for nogle varer havde afdelingslederen ansvaret for at vurdere prisen i forhold til varen. Tilbudsvarer i kataloget havde faste priser, men det udgjorde en lille del af varerne. Ved nye varer skulle varen opdateres i systemet, og ved eksisterende varer skulle man forholde sig til, om prisen skulle ændres i forhold til en eventuelt ændret indkøbspris. Arbejdet med prisfastsættelse var en del af fakturabehandlingen. Det kunne tage 2-20 minutter at behandle en faktura for en enkelt levering, men sjældent 20 minutter. For hele butikken modtog de på ”små” dage 20 fakturaer og på ”store” dage det dobbelte. Arbejdet med at behandle fakturaer tog 10-30 minutter pr. dag i food- og nonfoodafdelingerne, mens det i grønt- og slagterafdelingerne tog 5 minutter pr. dag.

Arbejdet med skiltning bestod i at skrive prisskilte til varer i butikken. Når prisen var fastsat, blev der lavet et skilt i et skilteprogram, hvorfra de udskrev skilte i A4 format. Skilte på hyldeforkanter foregik elektronisk. Tilbudsskilte til aviskampagner var fortrykt centralt fra supermarkedskæden. Nogle dage blev der ikke skrevet skilte, og andre blev der skrevet 10-15 skilte. Det tog 1-1½ minut pr. skilt. Han anslår, at skiltearbejdet tog 15-20 minutter pr. dag pr. afdeling.

Derudover var der ikke andre administrative opgaver end arbejdstidsplanlægning. Han følte, at de havde prøvet at sætte en stilling sammen til A.

Hans forklaring gengivet i landsrettens dom om, at han antog, at han med opbakning fra Niels-Henrik Hoffmann ville have kunnet omstrukturere arbejdsopgaverne, således at der kunne skabes en deltidsstilling til A, som hun kunne bestride med sin leddegigt, er ikke gengivet korrekt. Der må være tale om en misforståelse. Hans forklaring skal forstås sådan, at han følte, at han havde opbakning fra Niels-Henrik Hoffmann til at foretage de nødvendige tiltag og lave om på nogle ting. Det var de ting, som A blev tilbudt, men afslog. Han har ikke drøftet andre muligheder med Niels-Henrik Hoffmann for omplacering af A end dem, hun blev tilbudt. Fleksjob eller deltidsjob var aldrig på tale, og han tror heller ikke, at det var As ønske. A bad ikke om at få et fleksjob.

Han havde ikke selv noget med bogholderiet at gøre. Stillingen som bogholder var den eneste administrative stilling. A havde ikke uddannelsesmæssig baggrund for at kunne bestride stillingen, bl.a. på grund af de mange bilag, der skulle håndteres. Han havde ikke selv indblik i dette arbejde og forventede ikke, at A havde indblik i det. Da Niels-Henrik Hoffmann overtog forretningen, var der en fuldtidsbogholder og muligvis en mere. Efter overtagelsen blev en bogholder rykket ned i butikken, og derefter var der en enkelt bogholder på fuld tid.

A har forklaret, at hun ikke fik noget tilbud om at blive leder af postbutikken. De talte slet ikke om postdelen. Michael Thomsen tilbød hende et job som leder af kassen og kiosken. Hun spurgte med det samme, om det indebar arbejde i kassen, hvilket det gjorde. Det er hendes erfaring, at det ikke ville være muligt at planlægge sig ud af at sidde i kassen. Det var Michael Thomsen, der besluttede personalebemandingen, og der manglede tit personale, således at man som leder skulle have siddet i kassen ved forfald, selv om man havde planlagt ikke at

sidde i kassen. Stillingen som leder af kassen og kiosken ville være belastende for hende, fordi hun havde problemer med både håndled og hofter. Stående arbejde i kiosken var derfor ikke en mulighed. Arbejdet i kiosken indebar desuden opfyldning af spiritus, hvilket er tungt. Hun kunne derfor ikke klare at stå i kiosken på fuld tid.

Hun kan ikke genkende Michael Thomsens vurdering af tidsforbruget ved de administrative opgaver. Der blev brugt meget mere tid på de opgaver, som Michael Thomsen beskrev. Arbejdet med fakturaer bestod i at opdatere priser og at tage stilling til de forslag til prisopdatering, som systemet foreslog, men arbejdet bestod også i at kontrollere, om papirfakturaer stemte overens med de modtagne varer. Dette arbejde blev udført af Michael Thomsen og ikke af de enkelte afdelinger. Når Michael Thomsen ikke var til stede, udførte hun opgaven for alle afdelinger. De almindelige dagligvarer fremgik af de elektroniske fakturer. Derudover indkøbte afdelingerne selektive varer af sælgere, som kom i butikken, og disse varer prissatte hver afdeling selv. Der kom mere end 10 sådanne sælgere i butikken. Det var ikke nødvendigt, at fakturaarbejdet skulle udføres i de enkelte afdelinger. Størstedelen af varerne var dagligvarer og hyldevarer, hvor det ikke var nogen fordel, at afdelingslederen udførte arbejdet. Hun kunne have behandlet fakturaer for selektive varer og restvarer, hvor der skulle fastsættes individuel pris efter instruks fra den enkelte afdeling.

Arbejdet med skiltning bestod i, at de selv lavede skilte til selektive varer og tilbud for f.eks. restvarer, mens der kom fortrykte skilte til tilbudsvare i avisen.

Michael Thomsens tidsestimater er ikke realistiske. Behandling af fakturaer tog 30-45 minutter pr. afdeling pr. dag. Arbejdet med skiltning skete løbende, og det kunne tage 1-1½ time pr. dag for hele forretningen samlet.

Hvis hun frit havde kunnet sammensætte en stilling, ville der have været tilstrækkelige opgaver, som ikke belastede hende, til at fylde en stilling ud. Hun kunne påtage sig at lave vagtplaner. Hun udførte denne opgave, når Michael Thomsen ikke var til stede, og hun husker det sådan, at hun dagligt havde et stort arbejde med opgaven. Der var omkring 70 medarbejdere i det hele, idet slagterafdelingen dog styrede sig selv. Der var et kontor med to kontorpladser, hvor hun kunne sidde. Hun kunne også have udført arbejde med skilte, hyldeforkanter og fakturaer. Det ville absolut være en fornuftig måde at lave arbejdet på. Arbejdet med skiltning

kunne godt "halte efter", og det kunne have været en fordel for butikken, at en fast medarbejder udførte opgaven.

Desuden kunne hun varetage opgaver vedrørende opfølgning på sælgeraftaler og kontrollere, at der var givet korrekte rabatter. Dette arbejde kunne tage ½ time om dagen. Derudover kunne hun trække lister fra lagerstyring og føre kontrol i forhold til varerne i forretningen, således at forretningen kunne få en velfungerende og opdateret lagerstyring. Hun foreslog ikke Michael Thomsen, at hun kunne udføre disse opgaver med opfølgning på sælgeraftaler og lagerstyring. På det tidspunkt havde hun det meget dårligt, og det drejede sig kun om at komme igennem hver dag.

Ikke-belastende arbejdsopgaver kunne have udfyldt en 37 timers arbejdsuge, hvis det var blevet kombineret med andre administrative opgaver, f.eks. i bogholderiet. På sigt kunne det også være kombineret med f.eks. kioskopgaver, hvis man havde givet det nogen tid. Dette foreslog hun ikke Michael Thomsen. Det var hun ikke i stand til, da hun i den periode var meget presset, bl.a. af købmanden, fordi hun skulle sørge for de samme arbejdsopgaver, som hun hele tiden havde skullet, selv om hun var deltidssygemeldt.

Det er rigtigt, at hun den 17. september 2008 fik en ny ansættelseskontrakt med ledelsesansvar for to medarbejdere, efter at lægen ved kontrol på reumatologisk ambulatorium den 11. september 2008 havde tilrådet, at hun fik arrangeret andre arbejdsfunktioner. Ved den nye ansættelsesaftale fik hun mere ledelsesansvar med flere medarbejdere og flere afdelinger under sig. Før sin barsel havde hun ansvaret for nonfood. Efter barslen kom rengøring og personlig hygiejne til. På det tidspunkt var købmanden og hans kone fuldt ud klar over hendes situation. Desuden fik hun to medarbejdere under sig og kunne fordele opgaver, som hun ikke selv kunne varetage, til de to medarbejdere.

Hun er stadig ansat i børnetandplejen med de samme arbejdsopgaver. Jobbet som bogholder i Lejre Kommunes børnetandpleje indebærer, at hun modtager og behandler 3-400 fakturaer om måneden vedrørende vareindkøb, drift og regninger fra privatpraktiserende tandlæger, som hun vurderer i forhold til overenskomstaftalen. Hun udarbejder rykkerlister og sørger for, at børn bliver indkaldt. Derudover sørger hun for mellemkommunale afregninger, fakturaer med opkrævning til private tandlæger og har klienttelefonkontakt. Den medarbejder, som havde jobbet før hende, var uddannet bogholder og ansat 37 timer om ugen.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens hovedspørgsmål er, om Skibby Supermarked A/S over for A har tilsidesat forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.

Handicap

Som det fremgår af Højesterets dom af 23. juni 2015 (sag 25/2014), skal begrebet handicap i forskelsbehandlingsloven fortolkes i overensstemmelse med artikel 1 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) samt EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11. Begrebet omfatter således en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uheldelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Bevisbyrden for, at der er tale om et handicap i lovens forstand, påhviler arbejdstageren.

A fik i sommeren 2008 stillet diagnosen leddegigt efter blodprøver og en røntgenundersøgelse, der havde vist destruktive forandringer i hendes håndled. Hun blev bl.a. henvist til kommunens hjælpemiddelcentral og fik håndledsskinner til brug under arbejdet. Sygdommen medførte væsentlige funktionsbegrænsninger, der bl.a. bevirkede, at hun af sin arbejdsgiver blev fritaget for kassefunktionen i september 2008. I juni 2009 blev hun deltidssygemeldt på grund af leddegigten.

Højesteret finder, at funktionsbegrænsningen som følge af sygdommen herefter fremstod som langvarig, og tiltræder, at der er tale om en sygdom, som er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Det kan ikke føre til et andet resultat, at der i foråret 2009 havde været en midlertidig forbedring af hendes tilstand.

Arbejdsgiverens pligt til at foretage tilpasninger

Efter forskelsbehandlingslovens § 2 a skal en arbejdsgiver træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til at udøve beskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholds-

mæssigt stor byrde, som ikke i tilstrækkeligt omfang lettes gennem offentlige foranstaltninger.

Som det fremgår af Højesterets dom af 23. juni 2015, er det en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, at arbejdstageren godtgør, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren var handicappet i lovens forstand.

A orienterede sin arbejdsgiver om sin leddegigt og om det heraf følgende behov for tilpasning af hendes arbejdsfunktioner, herunder om hendes manglende evne til at varetage kassefunktionen. Arbejdsgiveren vidste også, at hendes brug af håndledsskinner samt deltidssygemeldingen i juni 2009 var begrundet i denne sygdom. I juli 2009 rettede kommunens virksomhedskonsulent Birgitte Hentze henvendelse til Skibby Supermarked om muligheden for at gennemføre hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. I fortsættelse heraf blev der i august 2009 afholdt et møde med deltagelse af bl.a. A, Birgitte Hentze og Niels-Henrik Hoffmann som ejer af Skibby Supermarked. I mødet drøftede de mulighederne for at fastholde A i beskæftigelse i virksomheden trods hendes funktionsnedsættelse på grund af leddegigten, herunder muligheden for at give hende andre arbejdsopgaver.

På den anførte baggrund finder Højesteret det godtgjort, at Skibby Supermarked i sommeren 2009 vidste eller burde vide, at A led af en sygdom, der indebar et handicap, som er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Skibby Supermarked var derfor forpligtet til at foretage tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2 a.

Forskelsbehandlingslovens § 2 a gennemfører beskæftigelsesdirektivets artikel 5 og skal fortolkes i lyset af dette direktiv, herunder de indledende betragtninger i direktivet. Det fremgår af forarbejderne til lovbestemmelsen og af direktivets betragtning nr. 17, at der ikke kræves fortsat ansættelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling med de eventuelt påkrævede tilpasninger. I direktivets betragtning nr. 20 anføres, at tilpasningsforanstaltninger kan være f.eks. at tilpasse arbejdsmønstre og opgavefordeling. Ved EU-Domstolens dom af 11. april 2013 er det i præmis 55 fastslået, at også nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en tilpasningsforanstaltning. Beskæftigelsesdirektivets angivelse af hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger er ikke udtømmende. Af direktivets betragtning nr. 21 fremgår, at der ved vurderingen af, om relevante tilpasningsforanstaltninger vil indebære en uforholdsmæssigt stor

byrde, navnlig bør tages hensyn til de omkostninger, der vil være forbundet dermed, og til virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte.

Når en arbejdsgiver er blevet – eller burde være blevet – bekendt med en arbejdstagers handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

Højesteret lægger til grund, at Skibby Supermarked tilbød A stillingen som leder af kasse og kiosk, men at denne stilling ville indebære belastninger ved arbejde i kasse og opstilling af varer i kiosken i et omfang, som A på grund af sit handicap ikke kunne klare, og Højesteret finder, at tilbuddet som tilpasningsforanstaltning derfor ikke var hensigtsmæssigt og ikke opfyldte arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

A har foreslået bl.a., at hun skulle varetage virksomhedens bogholderi. Efter bevisførelsen, herunder navnlig forklaringerne fra virksomhedens ledelse og revisor, lægger Højesteret imidlertid til grund, at denne opgave havde et omfang og en karakter, som krævede uddannelse og erfaring som bogholder, som A ikke besad, og Højesteret finder, at arbejdsgiveren derfor var berettiget til at afvise dette forslag med henvisning til, at A ikke var kompetent og egnet til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med denne stilling. Oplysningerne om As nuværende job i den kommunale tandpleje, herunder med varetagelse af bogføring i samarbejde med kommunens regnskabsafdeling, kan som følge af væsentlige forskelle i bogføringsopgavernes omfang og karakter ikke føre til andet resultat.

A har desuden foreslået, at hun kunne overtage behandlingen af fakturaer, prissætning og skiltning fra lederne af alle supermarkedets afdelinger. Efter bevisførelsen, herunder navnlig forklaringerne fra virksomhedens ledelse, lægger Højesteret imidlertid til grund, at disse opgaver var henlagt til lederne af de enkelte afdelinger på grund af sammenhængen med deres forretningsmæssige opgaver, herunder deres kendskab til varerne og konkurrenceforholdene, og Højesteret finder, at arbejdsgiverens pligt til at træffe tilpasningsforanstaltninger ikke omfattede pligt til at etablere en sådan ny administrativ stilling og tilbyde den til A.

A har endvidere peget på muligheden for at give hende stillingen som leder af postafdelingen i kombination med administrative opgaver som f.eks. udarbejdelse af arbejdsplaner, som hun

tidligere havde varetaget, og på muligheden for ansættelse på deltid og etablering af fleksjob. Niels-Henrik Hoffmann har forklaret, at han ikke overvejede muligheden for at tilbyde A deltidsansættelse, eventuelt som fleksjob, og Michael Thomsen har forklaret om muligheden for at kunne omstrukturere arbejdsgangene, således at der kunne skabes en deltidsstilling til hende. På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt finder Højesteret, at Skibby Supermarked hverken har godtgjort, at de nævnte muligheder, samlet eller delvis, ikke kunne være tilbudt hende som hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, eller at de ville medføre en uforholdsmæssigt stor byrde.

Højesteret finder herefter, at Skibby Supermarked ikke har opfyldt sin pligt efter forskelsbehandlingslovens § 2 a til at træffe foranstaltninger, der var hensigtsmæssige for at give A adgang til fortsat beskæftigelse.

Opsigelse efter 120-dages reglen – yderligere lønkrav

Det fremgår af funktionærlovens § 5, stk. 2, at en funktionær, hvis der er indgået aftale herom, kan opsiges med en måneds varsel, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i 120 dage.

I dommen af 11. april 2013 har EU-Domstolen fastslået, at det ikke er foreneligt med beskæftigelsesdirektivet at bringe 120-dages reglen i anvendelse, når sygefraværet er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. Forskelsbehandlingsloven har som nævnt gennemført beskæftigelsesdirektivet i dansk ret og må fortolkes i overensstemmelse hermed.

Det følger heraf, at 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke kan anvendes, heller ikke af private arbejdsgivere, hvis et sygefravær er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2 a. Skibby Supermarkeds synspunkt om, at beskæftigelsesdirektivet ikke er direkte anvendeligt over for private arbejdsgivere, kan ikke føre til en anden vurdering, idet retstilstanden som nævnt følger af forskelsbehandlingslovens regler om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, og disse regler er både nyere og må anses for specielle i forhold til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2.

Skibby Supermarked har som nævnt foran ikke overholdt sin forpligtelse til at tilbyde tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2 a, og det må lægges til grund, at As sygefravær kunne have været afværget helt eller delvist ved sådanne foranstaltninger. Betingelserne for at anvende 120-dages reglen efter funktionærlovens § 5, stk. 2, var derfor ikke opfyldt på opsigelsestidspunktet.

A har herefter som udgangspunkt krav på erstatning for løntab i yderligere 5 måneder, da hun efter sin anciennitet skulle have været opsagt med 6 måneders varsel, jf. funktionærlovens § 3 eller dennes analogi.

A har modtaget sygedagpenge i hele den resterende opsigelsesperiode på 5 måneder, og det er Skibby Supermarkeds synspunkt, at disse sygedagpenge skal fradrages i As krav på erstatning for løntab. Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at fradrage de sygedagpenge, der er udbetalt vedrørende minimalerstatningsperioden på tre måneder, jf. funktionærlovens § 3, stk. 1, men at erstatningskravet skal reduceres med de sygedagpenge, der er udbetalt vedrørende den resterende opsigelsesperiode, jf. funktionærlovens § 3, stk. 2. I overensstemmelse med Skibby Supermarkeds subsidiære anbringende herom skal de udbetalte sygedagpenge vedrørende de to sidste måneder af opsigelsesperioden (32.587 kr.) derfor fradrages i hendes erstatningskrav (156.094 kr.).

På den anførte baggrund skal Skibby Supermarked til A betale i alt 123.507 kr. i erstatning for løntab.

Godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7

Krænkelser af en handicappet medarbejders rettigheder efter forskelsbehandlingsloven – herunder uberettiget afskedigelse eller forsømmelse af pligten til at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger – kan begrunde et krav på godtgørelse efter lovens § 7.

Som anført bl.a. i Højesterets dom af 12. marts 2015 (UfR 2015.2027) skal der ved afgørelsen af spørgsmålet om godtgørelse, herunder ved fastsættelsen af størrelsen af en godtgørelse, lægges vægt på grovheden af overtrædelsen. I den forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen og den krænkelser, der er påført den enkelte.

Skibby Supermarked har forsømt pligten til at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i henhold til forskelsbehandlingslovens § 2 a og har som følge heraf uberettiget gjort brug af 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2. Der er herved sket en krænkelse af As rettigheder, som må begrunde et krav på godtgørelse efter lovens § 7.

Ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse skal der ud over krænkelsens karakter lægges vægt på, at A på opsigelsestidspunktet havde været ansat i virksomheden i knap 14 år. Det skal imidlertid også tages i betragtning, at der var usikkerhed om rækkevidden af pligten til at træffe tilpasningsforanstaltninger og om muligheden for at anvende 120-dages reglen ved sygefravær, der har sammenhæng med arbejdstagerens handicap. Efter en samlet vurdering finder Højesteret herefter, at godtgørelsen passende kan fastsættes til et beløb svarende til 9 måneders løn. Det betyder, at godtgørelsen fastsættes til 249.750 kr.

Konklusion

A har krav på erstatning for et løntab på 123.507 kr. som følge af den uberettigede anvendelse af 120-dages reglen ved opsigelsen af hende. Yderligere har hun krav på en godtgørelse på 249.750 kr. efter forskelsbehandlingslovens § 7. Det samlede krav udgør således 373.257 kr.

Sagsomkostninger

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Dansk Erhverv som mandatar for Skibby Supermarked betale 109.260 kr. til HK/Danmark som mandatar for A. Heraf udgør 100.000 kr. dækning af udgifter til advokat og 9.260 kr. dækning af retsafgift for landsret i forhold til det vundne beløb. Beløbet til dækning af udgifter til advokat er ikke tillagt moms, da HK/Danmark har været repræsenteret ved en ansat advokat, jf. Højesterets kendelse af 31. marts 2015 (UfR 2015.2294).

Thi kendes for ret:

Skibby Supermarked A/S skal til A betale 373.257 kr. med procesrente fra den 17. juni 2010.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Dansk Erhverv som mandatar for Skibby Supermarked A/S betale 109.260 kr. til HK/Danmark som mandatar for A.

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