

U.2021.3576

U.2021.3576

Afslag på tidsubegrænset opholdstilladelse som følge af manglende opfyldelse af beskæftigelseskravet var ikke i strid med Menneskerettighedskonventionen eller Handicapkonventionen.

Menneskerettigheder 1.7 og 2 - Udlændinge 26.1.

A havde ved Udlændingenævnet, U's, afgørelse af 14. august 2017 fået afslag på sin ansøgning om tidsubegrænset opholdstilladelse i Danmark med henvisning til, at hun ikke opfyldte beskæftigelseskravet i den dagældende udlændingelov. Parterne var enige om, at A ikke på tidspunktet for U's afgørelse opfyldte beskæftigelseskravet, og det var ubestridt, at A var handicappet i FN's Handicapkonventions forstand. Spørgsmålet var, om U's afslag var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i Handicapkonventionens artikel 5 eller i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at A ikke havde rimelig udsigt til at kunne opfylde beskæftigelseskravet, idet der ikke var gjort op med hendes muligheder for begrænset beskæftigelse gennem et fleksjob, som sidestilles med ordinær beskæftigelse. Hendes arbejdsevne var ikke blevet afklaret gennem et kommunalt ressourceforløb. Hun havde færdiggjort en uddannelse som frisør og havde siden 2014 været tilmeldt som studerende på et universitet. De tidsmæssige forhold, som A havde påberåbt sig, hvis hun skulle igennem et kommunalt ressourceforløb, inden hun kunne påbegynde et eventuelt fleksjob, kunne ikke føre til, at U skulle se bort fra den manglende opfyldelse af beskæftigelseskravet. Hvis U havde set bort fra beskæftigelseskravet, ville A blive stillet bedre end en ikke handicappet i en sammenlignelig situation. U's afslag var herefter ikke i strid med FN's Handicapkonventions artikel 5 eller i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8. Højesteret stadfæstede herved landsrettens dom.¹

H.D. 11. maj 2021 i sag BS-20635/2020-HJR (2. afd.)

(Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Jens Kruse Mikkelsen, Lars Apostoli og Kristian Korfits Nielsen).

A (adv.t Eddie Omar Rosenberg Khawaja, Kbh.)

mod

Udlændingenævnet (adv. Søren Horsbøl Jensen, Kbh.)

Retten på Frederiksbergs dom 18. december 2018, BS-4121/2018-FRB

Indledning

A, der er født i 1979 og iransk statsborger, har siden den 3. september 2010 haft midlertidig opholdstilladelse i Danmark efter reglerne om familiesammenføring med ægtefælle. Opholdstilladelsen er efter det oplyste senest den 7. november 2016 forlænget til den 16. maj 2021.

Sagen drejer sig om, hvorvidt Udlændingenævnet med rette den 14. august 2017 har meddelt A afslag på hendes ansøgning af 15. december 2015 om tidsubegrænset opholdstilladelse under henvisning til, at hun ikke opfyldte betingelserne i § 11, stk. 3, nr. 8-9, i lovbekendtgørelse nr. 412 af 9. maj 2016 af Udlændingeloven, som da senest ændret ved lov nr. 102 af 3. februar 2016. Efter disse

bestemmelser kan der (kun) meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis udlændingen har været i ordinær fuldtidsbeskæftigelse i mindst 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år forud for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse og på tidspunktet herfor fortsat er tilknyttet arbejdsmarkedet.

A, der ikke bestrider, at hun ikke opfyldte dette beskæftigelseskrav, gør gældende, at det følger af Udlændingelovens § 11, stk. 16, at der skal ses bort fra dette krav i forhold til hende, idet hun påberåber sig at have en varig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer hindrer hende i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre, jf. artikel 2, 5 og 23 i FN's Handicapkonvention.

Påstande

A har den 8. januar 2018 anlagt denne sag med påstand om, at Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 ophæves, og at sagen hjemvises til fornyet behandling ved Udlændingenævnet.

Udlændingenævnet har påstået frifindelse.

Udlændingestyrelsens afgørelse

Udlændingestyrelsen meddelte den 10. august 2016 A afslag på hendes ansøgning af 15. december 2015 om tidsubegrænset opholdstilladelse.

Udlændingestyrelsen henviste i afgørelsen til, at A ikke opfyldte kravet om at have været i ordinær fuldtidsbeskæftigelse mv. i mindst 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år, jf. Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, som ændret ved lov nr. 102 af 3. februar 2016 § 1, nr. 31, der efter ændringslovens § 2, stk. 3, havde virkning for A's ansøgning, der ikke var indgivet forud for lovforslagets fremsættelse den 10. december 2015.

A havde under sagen henvist til en udtalelse af 20. september 2016 fra en speciallæge, der på det foreliggende ikke fandt det realistisk at forvente, at A ville kunne fungere i et arbejde, hverken på fuld eller nedsat tid.

3577

Udlændingestyrelsen lagde ved sin afgørelse under henvisning til andre udtalelser i speciallægeerklæringen til grund, at det på daværende tidspunkt ikke kunne udelukkes, at A på et senere tidspunkt ville kunne opfylde kravet om beskæftigelse, f.eks. gennem et fleksjob. Udlændingestyrelsen fandt ikke grundlag for at anvende bestemmelsen i Udlændingelovens § 11, stk. 16, hvorefter der kan meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis betingelserne i bl.a. § 11, stk. 3, nr. 8 og 9, ikke kan kræves opfyldt, fordi Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det.

Udlændingenævnets afgørelse

A's advokat indgav den 23. september 2016 klage til Udlændingenævnet, navnlig over Udlændingestyrelsens afgørelse om ikke gennem anvendelse af bestemmelsen i § 11, stk. 16, at fritage A for beskæftigelseskravet. Advokaten henviste til, at der - modsat det af Udlændingestyrelsen anførte - ikke var nogen forventning om, at A's tilstand kan helbredes.

Udlændingenævnet, der traf afgørelse af 14. august 2017, fandt ikke grundlag for at ændre Udlændingestyrelsens afgørelse. A kunne således ikke meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse i Danmark, da det ikke var dokumenteret, at A havde været i ordinær

¹ FT 2009-10, till. A, lovforslag nr. L 188, s. 23, 30, 35f. og 71, FT 2015-16, till. A, lovforslag nr. L87, s. 18f., beslutningsforslag nr. B 58 af 26. februar 2014, pkt. F, Justitsministeriets notat af 5. marts 2012 (sagsnr. 11/40592), pkt. 3.1. og 3.5., U 2017.2469H, U 2010.973H, Handicapkomitéens udtalelse af 31. august 2018, samt CRPD Communication No. 39/2017 (I.D. and M.B. v. Denmark).

fuldtidsbeskæftigelse mv. i mindst 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år.

I afgørelsen gennemgik Udlændingenævnet foruden speciallægeudtalelsen af 20. september 2016 en yderligere fremsendt udtalelse af 21. juni 2017 fra samme speciallæge og henviste bl.a. til, at selv om A's sygdom vurderes som stationær, kan bedring tilvejebringes gennem en bedre håndtering af symptomer, ligesom den nuværende behandling lindrer symptomerne, selv om de ikke helt forsvinder.

Udlændingenævnet fandt, at det, uanset A's helbredsmæssige forhold, ikke ville være umuligt for hende at opnå arbejdsmarkedstilknøytning, evt. på særlige skånsomme vilkår, f.eks. i form af et fleksjob, og lagde tillige vægt på, at A aldrig havde forsøgt at få hjælp hertil fra sin bopælskommune - uanset at det ikke nødvendigvis ville medføre udbetaling af kontanthjælp eller ressourceforløbsydelse.

På baggrund af de foreliggende oplysninger kunne det efter Udlændingenævnets opfattelse ikke anses for uproportionalt eller i strid med Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, at meddele A afslag på tidsbegrænset opholdstilladelse efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8 og 9, idet det ikke fandtes er godtgjort, at hun, uanset hendes nuværende helbredsmæssige forhold, ikke på et senere tidspunkt ville få mulighed for at opfylde betingelserne heri.

Udlændingenævnet stadfæstede derfor Udlændingestyrelsens afgørelse af 10. august 2016 og henviste A til at indgive ny ansøgning om tidsbegrænset opholdstilladelse, når hun (til sin tid) mente at opfylde betingelserne herfor, idet en ny ansøgning dog ville blive behandlet efter reglerne på tidspunktet for indgivelse af den nye ansøgning.

Speciallægeerklæringerne og deres vurdering af A's arbejdsevne

Der er under sagen fremlagt lægefaglige vurderinger og udtalelser af 23. marts 2016, 20. september 2016 og 21. juni 2017 fra speciallæge i psykiatri B, Udtalelserne af 20. september 2016 og 21. juni 2017 fremtræder som supplement til udtalelsen af 23. marts 2016. Af disse udtalelser fremgår bl.a. følgende:

Udtalelse af 23. marts 2016

»...

Det drejer sig om en 37-årig kvinde med diagnosen df 20.0 Paranoid Skizofreni, som har haft tilknytning til det psykiatriske behandlingssystem siden 2012.

Tidligere psykiatrisk:

Patienten var i sommeren 2009 udsat for en voldtægt og et overfald i forbindelse hermed. Patienten udviklede allerede her nogle symptomer på depression. Pt. blev angst og turde ikke komme udenfor, begyndte at isolere sig og havde et tiltagende antal bekymrende tanker. Patienten fik ordineret antidepressiv medicin af sin praktiserende læge.

I løbet af 2010 forværredes symptomerne, og patienten udviklede en mere paranoid tilstand med hallucinationer på hørelsen i form af stemmer der talte negativt om patienten. Patienten fik sværere ved at opretholde et almindeligt funktionsniveau og det kulminerede i april 2012, hvor patienten blev indlagt på Psykiatrisk Center X.

Under indlæggelsen stillede man diagnosen paranoid skizofreni, og patienten blev sat i behandling med antipsykotisk medicin. Der havde i flere år nu været psykotiske symptomer i form af hørleseshallucinationer, forfølgelsesforestillinger og oplevelsen af at andre havde adgang til patientens tanker. Der tilkom også negative symptomer i form af manglende energi og udtalt isolationstendens.

Indlæggelsen varede 4 måneder og blev fulgt op af et ambulante behandlingsforløb i først distriktspsykiatrien frem til februar 2013 og siden OPUS (tilbud for unge debuterende med psykotisk lidelse) frem til december 2014. Her blev patienten afsluttet pga. gentagne

udeblivelser. Pt. genhenvises til distriktspsykiatri i august 2015, og der opnås først igen en behandlingsalliance i februar 2016.

Socialt:

Patienten er født og opvokset i Iran og kom til Danmark omkring 2008 for at studere. Hun har en bacheloruddannelse i persisk-engelsk oversættelse samt en frisøruddannelse fra hjemlandet. I Danmark har hun

3578

forgæves forsøgt at gennemføre studie i persisk og jura ved Z Universitet. Studierne har måttet afbrydes pga. patientens sygdom. 1. september 2014 blev pt. indskrevet på engelskstudiet men måtte tidligt søge orlov. I orlovsperioden lykkedes det patienten som en del af behandlingsforløbet i OPUS at gennemføre en teoretisk del af frisøruddannelsen, så patienten med merit fra sin uddannelse fra Iran fik, hvad svarer til en dansk frisøruddannelse. Der var tale om nogle særlige skånende vilkår, hvor hun fik forlænget tid til de enkelte moduler og holdt pause imellem modulerne. Patienten har pga. sygdom først kunne deltage i studieaktiviteter fra februar 2016. Patienten får i øjeblikket mentorstøtte. ...

Vurdering:

Siden patienten blev alvorligt syg i 2010 har det pga. skiftende symptomer ikke været muligt for patienten at arbejde eller gennemføre uddannelse fraset tidligere nævnte frisøruddannelse. De gennemførte elementer har alle været på deltid og under fleksible rammer samt understøttet af en vejleder eller mentor. Den aktuelle tilstand vurderes at være kronisk, og der vil forventeligt i flere år frem skulle tages hensyn til patientens sårbarhed og nedsatte tærskel for stress og belastninger. Det er muligt at patienten kan have et arbejde på nedsat tid. På det foreliggende er det ikke realistisk at forvente, at patienten kan varetage et fuldtidsarbejde.

... Hos denne patient er der ikke forventning om, at tilstanden kan helbredes. Symptomerne kan mindskes, men det er ikke sikkert at de nogensinde vil forsvinde helt. Særligt vil der ved stress og belastende livsomstændigheder være en risiko for opblussen af f.eks. hørleseshallucinationer og paranoide forestillinger. ...«

Udtalelse af 20. september 2016

»... Patientens tilstand har været uforandret de seneste 6 måneder.

Vurdering:

På baggrund af det aktuelle kliniske billede og forløbet det seneste halve år, vurderes der at være en dårlig prognose hos denne patient. Sygdommen er kronisk og symptomerne vedvarende. ... Det er ... på det foreliggende ikke realistisk at forvente, at patienten kan fungere i et arbejde, hverken på fuld eller nedsat tid. På det foreliggende vurderes der at være varigt behov for støtte, skånehensyn og kontakt til behandlingspsykiatrien.«

Udtalelse af 21. august 2017

»...

Patientens psykiske helbredsmæssige tilstand har været uforandret i det aktuelle behandlingsforløb siden marts 2016. ...

Vurdering:

Sygdommen hos denne patient er kronisk og symptomerne er vedvarende. Der vurderes ikke efter bedste lægeligt skøn at kunne opnås yderligere bedring ved medicinsk behandling. Patienten deltager i gruppeterapeutisk tilbud for andre patienter med samme diagnose. Der vil fortsat være et årelangt arbejde med at forstå og håndtere de psykiske udfordringer, som fortsat er til stede. Erfaringen fra andre patienter, som har været i behandling i flere år, er, at både sygdomsindsigt og identifikation af risikofaktorer, der kan føre til forværring, forbedres, men at sygdommen i sig selv er stationær, og at bedringen alene kan tilvejebringes gennem en bedre håndtering af symptomer.

Patienten er tilmeldt engelskstudie ved Z Universitet og det har været nødvendigt flere gange at få studietiden forlænget. Det er

usikkert, om det kan gennemføres, eller om patienten må afbryde studiet. Før studiet har patienten helt tilbage til 2012 ikke været rask nok til at søge arbejde. Det nuværende kliniske billede har ud fra journaloplysningerne været stationært siden 2012 på trods af alle behandlingsmæssige tiltag, og det vurderes på den baggrund ikke realistisk, at patienten kan fungere i et arbejde på fuld eller nedsat tid. Der er fortsat et varigt behov for støtte, skånehensyn og flerårig kontakt til behandlingspsykiatrien, som kan bibringe en subjektiv lindring for patienten, men ikke vurderes at kunne ændre på prognosen.«

A's advokat har i forbindelse med sagen for retten fremlagt bilag 22-24, som er en sygemelding af 9. januar 2018 fra Y Lægehus, dokumentation for fuldtidssygemelding af 16. januar 2018 fra Y Lægehus og en lægeerklæring fra A's læge i Y Lægehus til Z Universitet, hvoraf det fremgår, at A ikke vil være i stand til at leve op til studieaktivitetskrav resten af sit studie (bilag 24). Oplysningerne om A's sygemeldinger og psykiske forhold vedrører perioden efter den indbragte afgørelse.

Forklaring

A har forklaret, at hun i Iran var udlært frisør og havde taget en bachelor i engelsk, og at hun i 4 år havde arbejdet som tolk og lærer i engelsk, inden hun kom til Danmark i 2008.

Hendes vejleder havde foreslået hende et udlandsophold med henblik på at lære andre kulturer at kende, og hun tog på den baggrund imod et tilbud om at komme til Danmark for at være lærer på et kursus om Iran. Her mødte hun C, med hvem hun har været gift siden 2010.

Efter at hun på grund af sygdom måtte afbryde sine studier, begyndte hun på forslag fra en psykolog i distriktspsykiatrien på den teoretiske del af uddannelsen til frisør med henblik på at vurdere, hvad hun kunne klare. Hun kunne fra sin uddannelse i Iran få merit for den praktiske del af uddannelsen. Det var en stor udfordring og meget stressende for hende, men det lykkedes hende at gennemføre det, idet hun fik skånsomme vilkår.

Hun havde tidligere arbejdet også som tolk og oversætter, men måtte holde op hermed, idet det var for stor en belastning for hende at høre om og tale om andres

3579

problemer. Det kunne hun ikke tåle, og hun kunne hverken overskue eller overholde sine aftaler med kunder mv. Lægerne har forklaret det med, at hun ikke har noget »filter«.

I dag læser hun til bachelor i engelsk ved Z Universitet. Hendes læge har anbefalet hende kun at læse og gå til eksamen i ét fag ad gangen, og Universitetet tager stort hensyn til hende, så hun ikke føler pres og bliver stresset. Så får hun angst.

Hun får medicin og har gået til gruppeterapi, som imidlertid gør hende urolig. Hendes læge mener ikke, at hun er rask nok til at kunne passe et arbejde og har derfor heller ikke foreslået hende at deltage i arbejdsprøvning gennem kommunen.

Parternes synspunkter

A's advokat har bl.a. anført, at FN's Handicapkonvention efter artikel 1 tager sigte på at beskytte »personer med handicap«, dvs. »personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre«.

A har, siden hun i 2012 blev diagnosticeret med paranoid skizofreni, været i langvarig psykiatrisk behandling for sin sygdom. Det er i speciallægeerklæringen af 21. juni 2017 slået fast, at, »Sygdommen hos denne patient er kronisk og symptomerne er vedvarende.

Der vurderes ikke efter bedste lægelige skøn at kunne opnås yderligere bedring ved medicinsk behandling«.

På baggrund af de fremlagte lægeerklæringer må det således lægges til grund, at A's funktionsnedsættelse er omfattet af artikel 1 i FN's Handicapkonvention, idet der er tale om en langvarig psykisk funktionsnedsættelse.

På grund af sit handicap har A ikke mulighed for at opfylde beskæftigelseskravet efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, eller kravet om aktuel beskæftigelse, jf. Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 9.

Det er en betingelse, for at afgørelsen udgør en krænkelse af Danmarks forpligtelser efter FN's Handicapkonvention, at det er handicappet, der medfører den barriere som personen oplever, jf. Handicapkonventionens artikel 5, stk. 2 og Højesterets præmisser i U 2017.937 H.

Af den lægelige udtalelse vedrørende A fra den 21. juni 2017 fremgår yderligere, at: »Det nuværende kliniske billede har ud fra journaloplysningerne været stationært siden 2012 på trods af alle behandlingsmæssige tiltag, og det vurderes på den baggrund ikke realistisk, at patienten kan fungere i et arbejde på fuld eller nedsat tid.«

Det fremgår således særdeles klart, at det er A's funktionsnedsættelse, som er årsag til, at A ikke er i stand til at opfylde beskæftigelseskravet og kravet om aktuel beskæftigelse. Det fremgår endvidere klart, at der ikke er udsigt til, at A på noget tidspunkt vil kunne opfylde beskæftigelseskravet.

Udlændingenævnet vurderer på trods heraf, at A på et senere tidspunkt vil være i stand til at opfylde beskæftigelseskravet ved f.eks. et fleksjob. Herimod taler imidlertid, at A har måttet opgave at arbejde som tolk, som frisør og som selvstændig importør. Endvidere har hun måttet opgave flere studier.

Der er således intet grundlag for at konkludere, at A på et senere tidspunkt vil være i stand til at opfylde beskæftigelseskravet, hverken set i lyset af A's forsøg herpå, eller set i lyset af de lægelige oplysninger i sagen.

På den baggrund indebærer kravet om fuldtidsbeskæftigelse en reel barriere for, at A kan opnå permanent opholdstilladelse. Denne barriere er begrundet i A's psykiske problemer, som udgør et handicap efter FN's Handicapkonvention.

A stilles derfor dårligere end personer uden handicap. Det gøres derfor gældende, at Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 udgør diskrimination på baggrund af A's handicap.

Diskrimination på baggrund af handicap er i Handicapkonventionens artikel 2 defineret som »enhver sondring, udelukkelse eller begrænsning på grund af et handicap, hvis formål eller virkning er at svække eller ophæve den ligelige anerkendelse, nydelse eller udøvelse af alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på det politiske, økonomiske, sociale, kulturelle, civile eller et hvilket som helst andet område. Dette omfatter alle former for diskrimination, herunder nægtelse af rimelig tilpasning«.

Det fremgår af Handicapkonventionens artikel 5, stk. 1, at de deltagende stater anerkender, at alle er lige for loven, og at alle uden nogen form for diskrimination har ret til lige beskyttelse og til at drage samme nytte af loven.

Endvidere følger det af Handicapkonventionens artikel 5, stk. 2, at de deltagende stater skal forbyde enhver diskrimination på grund af handicap og skal sikre personer med handicap lige og effektiv retlig beskyttelse imod diskrimination af enhver grund.

Pkt. 3.8 i bemærkningerne til lovforslag nr. L 87 af 10. december 2015 angiver, at »Udlændinge, der som følge af handicap ikke er i stand til at opfylde en eller flere betingelser for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse, mødes i overensstemmelse med Handicapkonventionen ikke med disse krav.«

A har, på grund af sit handicap, ingen rimelig udsigt til at opfylde kravene om ordinær fuldtidsbeskæftigelse samt aktuell beskæftigelse i daværende Udlændingelovs § 11, stk. 3 nr. 8 og 9, og opretholdelsen af disse krav vil i forhold til hende udgøre usaglig diskrimination.

Det er godtgjort, at A ikke siden 2012 har kunnet begå sig på arbejdsmarkedet og alene har været i stand

3580

til at gennemføre et studie under særdeles skånsomme vilkår. Alternativet for A havde været en sygemelding eller førtidspension, hvorfor det gøres gældende, at det ikke skal komme A til skade, at hun har gennemført en uddannelse, som ikke på de foreliggende vilkår kan sidestilles med beskæftigelse men kan sammenlignes med et behandlingsforløb.

Det udgør derfor usaglig diskrimination i strid med Handicapkonventionen, at Udlændingenævnet i forhold til A har opretholdt et krav om fuldtidsbeskæftigelse og aktuell beskæftigelse, når hun som følge af sit handicap ikke kan opfylde disse krav, jf. Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8 og 9, sammenholdt med Handicapkonventionens artikel 5, stk. 1.

Udlændingenævnets advokat har til støtte for frifindelse påstanden gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017.

Efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, (lovbekendtgørelse nr. 1021 af 19. september 2014, som ændret bl.a. ved lov nr. 102 af 3. februar 2016), kan der efter ansøgning gives tidsubegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis (alle) betingelserne i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 4-9, og mindst to af betingelserne i § 11, stk. 4, nr. 1-4, er opfyldt.

Efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, kan tidsubegrænset opholdstilladelse (alene) meddeles, hvis udlændingen inden for de sidste 3 år forud for meddelelsen af tidsubegrænset opholdstilladelse har været i fuldtidsbeskæftigelse eller udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed i mindst 2 år og 6 måneder.

Uanset at betingelserne i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 4-9, eller stk. 4, nr. 1-4, ikke opfyldt, kan der efter Udlændingelovens § 11, stk. 16, meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis betingelserne ikke kan kræves opfyldt, fordi Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det. Udlændingen vil i givet fald kun blive fritaget for at opfylde de betingelser, som udlændingen på grund af sit handicap ikke kan opfylde.

Det følger af retspraksis, jf. Justitsministeriets betænkning nr. 1546 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, s. 34, at FN's handicapkonvention udgør en relevant retskilde/et relevant fortolkningshensyn, som kan inddrages ved fortolkningen og anvendelsen af dansk ret. Herved tilstræbes en retsanvendelse, der er i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser.

A kan dermed ikke direkte påberåbe sig en materiel rettighed i FN's handicapkonvention, men alene, at kravene i Udlændingelovens § 11, stk. 3 og 4, i givet fald skal fortolkes i lyset af diskriminationsforbuddet i FN's handicapkonvention, og da kun i det omfang, hvori lovens ordlyd og forarbejder tilsiger det.

Om baggrunden for Udlændingenævnets konkrete vurdering bemærkes navnlig, at Udlændingenævnet ved afgørelsen har fundet, at A ikke har haft ordinær fuldtidsbeskæftigelse eller udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed i mindst 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år. Betingelsen i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8 og 9, er ikke opfyldt, hvorfor A med rette fik afslag på sin ansøgning om tidsubegrænset opholdstilladelse efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8 og 9.

Udlændingenævnet har i afgørelsen henvist til lægeudtalelserne af 23. marts 2016 og 21. juni 2017 fra speciallæge i psykiatri, B,

hvoraf det fremgår, at selvom A's sygdom vurderes som stationær, så kan bedring tilvejebringes gennem en bedre håndtering af symptomer, ligesom A's nuværende behandling lindrer symptomerne, selvom de ikke forsvinder totalt.

Udlændingenævnet har endvidere henvist til, at A i ansøgningen af 15. december 2015 om tidsubegrænset opholdstilladelse har oplyst, at hun ikke har haft ordinær fuldtidsbeskæftigelse eller udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed inden for de seneste fem år, men at hun i perioden fra februar 2012 til oktober 2015 har været under uddannelse som frisør, og at hun i efteråret 2015 har påbegyndt uddannelsen Engelsk på Z Universitet. Hun har desuden oplyst, at hun forventer at få et deltidsjob som frisør ved siden af sit studie.

Udlændingenævnet har på baggrund heraf fundet, at det uanset A's helbredsmæssige forhold ikke vil være umuligt for hende at opnå en tilknytning til arbejdsmarkedet, eventuelt på særlige skånsomme vilkår, for eksempel i form af et fleksjob efter reglerne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats sidestilles med ordinær beskæftigelse, jf. de almindelige bemærkninger i forslag til lov nr. 102 af 3. februar 2016 om ændring af Udlændingeloven.

Udlændingenævnet har også lagt vægt på, at A aldrig har forsøgt at få hjælp fra sin bopælskommune til at opnå en arbejdsmarkedstilknnytning.

Udlændingenævnet har på den baggrund fundet, at der ikke er oplyst om sådanne forhold, der kan føre til, at det må anses for dokumenteret eller godtgjort, at A ikke på et senere tidspunkt vil kunne opfylde betingelserne i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, hvorfor Udlændingenævnet finder, at betingelsen ikke kan fraviges under henvisning til A's helbredsmæssige forhold.

Det bestrides, at Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 (bilag 21) er uproportional eller i strid med Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention.

A har i forbindelse med replik fremlagt dokumentation for sygemelding af 9. januar 2018 fra Y Lægehus og dokumentation for fuldtidssygemelding af 16. januar 2018 fra Psykiatrisk Center X. A har desuden den 25. september 2018 fremlagt en lægeerklæring fra hendes

3581

egen læge til Z Universitet, hvoraf det fremgår, at hun ikke vil være i stand til at leve op til studieaktivitetskrav resten af sit studie. Disse oplysninger vedrører imidlertid tiden efter den indbragte afgørelse.

Domstolenes prøvelse af Udlændingenævnets afgørelse må efter almindeligt gældende principper for domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser afgrænses til det, som Udlændingenævnet har eller burde have forholdt sig til ved afgørelsen. Rettens prøvelse af Udlændingenævnets afgørelse må således ske på grundlag af A's forhold på tidspunktet for Udlændingenævnets afgørelse, som blev truffet den 14. august 2017.

Oplysninger, som ikke forelå for Udlændingenævnet, kan alene indgå i sagen, hvis de belyser A's forhold på tidspunktet for afgørelsen.

De fremlagte oplysninger om senere ændringer i A's forhold, kan derfor ikke give anledning til en tilsidesættelse af Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 (bilag 21), jf. f.eks. UfR 2018.2011 HK, UfR 2018.688 H, UfR 2011.3083 H, UfR 2010.1599 H og UfR 2009.974 H.

Finder retten ved prøvelsen af Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 at kunne lægge vægt på oplysninger vedrørende forhold, der ligger efter tidspunktet for afgørelsen, gøres det gældende, at disse oplysninger om A's efterfølgende sygemeldinger og psykiske forhold ikke kan føre til nogen ændret vurdering.

Rettenns begrundelse og resultat

Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 er indbragt for retten til prøvelse efter den almindelige regel i Grundlovens § 63 om prøvelse af øvrighedsmyndighedens grænser. Retten skal under en sådan sag i overensstemmelse med parternes påstande og anbringender efterprøve den truffe forvaltningsakt, herunder dens retlige og faktiske grundlag, men kan ikke træffe nogen afgørelse, der træder i stedet for den pågældende forvaltningsakt.

Retten finder ved sin prøvelse ikke at burde tillægge de nye bilag 22-24, som er fremlagt for retten, men som ikke har været fremlagt for Udlændingenævnet, nogen selvstændig betydning for bedømmelsen af sagen, idet de vedrører A's helbredsmæssige og studiemæssige forhold i tiden efter Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017.

Retten konstaterer dog samtidig, at de sygemeldinger mv., som fremgår heraf, supplerer de allerede foreliggende oplysninger, navnlig speciallæge i psykiatri B's vurdering af A's muligheder for at overkomme et arbejde. Retten går i den forbindelse ud fra, at speciallæge i psykiatri B, som er tilknyttet distriktpsikiatrien, ved afgivelsen af sine erklæringer har været fuldt bekendt med og opmærksom på de beskæftigelsestilbud mv., som kommunerne kan tilbyde syge og handicappede.

Retten finder det ved speciallægeerklæringerne navnlig af 20. september 2016 og 21. juni 2017 dokumenteret, at A siden 2012 har været i behandling for en alvorlig psykisk sygdom. Medicinsk behandling kan ifølge erklæringerne vel lindre A's symptomer, men ikke få dem til at forsvinde og medicinsk behandling kan heller ikke bedre tilstanden yderligere. Selv om gruppeterapeutisk behandling muligt »ad åre« kan føre til bedre sygdomsindsigt og identifikation af risikofaktorer, der kan medføre forværring, er sygdommen i sig selv stationær og har trods alle behandlingsmæssige tiltag været det siden 2012, dvs. igennem de seneste 6 år. A har efter erklæringerne varigt behov for støtte, skånehensyn og kontakt til behandlingspsykiatrien, som kan give hende en subjektiv lindring, men ikke vil kunne ændre prognosen.

Der ses igennem de tre speciallægeerklæringer en negativ udvikling i speciallægens vurdering af A's muligheder for at få beskæftigelse. I den første erklæring af 23. marts 2016 vurderede speciallægen på grundlag af sit kendskab til A's helbredsforhold siden 2012, at det ville være muligt for A at arbejde på nedsat tid, men at det ikke var realistisk at forvente, at hun ville kunne varetage et fuldtidsarbejde. I begge de senere erklæringer af 20. september 2016, henholdsvis af 21. juni 2017, vurderer speciallægen derimod, at det ikke er realistisk at forvente, at A vil komme til at kunne fungere i et arbejde, hverken på fuld eller nedsat tid.

Retten lægger disse speciallægeerklæringers vurdering til grund for sin afgørelse. Der er således efter retten opfattelse intet holdpunkt for, at den alvorlige sygdom, som A lider af, på noget tidspunkt vil kunne bedres så meget, at A vil blive i stand til at passe et arbejde, være sig på fuld tid eller på nedsat tid.

Udlændingenævnet begrunder i realiteten sin afgørelse med, at det ikke strider mod Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, at meddele A afslag på tidsubegrænset opholdstilladelse i medfør af Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, idet det ikke er godtgjort, at A, uanset hendes nuværende helbredsmæssige forhold, ikke på et senere tidspunkt vil få mulighed for at opfylde betingelserne i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8.

At A på et senere tidspunkt skulle kunne blive i stand til at passe et arbejde, savner imidlertid ethvert holdpunkt i de foreliggende speciallægeerklæringer, som direkte udtaler det modsatte, og har således efter retten opfattelse karakter af rent gætterier. Allerede af denne grund må denne mulighed lades ude af betragtning ved retten afgørelse af sagen.

Udlændingenævnet er endvidere ved sin afgørelse af 14. august 2017 ikke opmærksom på, at det rejser et tidsmæssigt problem, når Udlændingenævnet i sin afgørelse lægger vægt på, at det »ikke er godtgjort, at A, uanset hendes nuværende helbredsmæssige forhold, ikke på et senere tidspunkt vil få mulighed for at opfylde betingelserne i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8«.

3582

Det tidsrum, som efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, er relevant for vurderingen af, om beskæftigelseskravet er opfyldt, er imidlertid de 3 år, som går forud for afgørelsen om meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse. Beskæftigelseskravet er således efter de regler, som finder anvendelse i nærværende sag, kun opfyldt, hvis ansøgeren inden for de seneste 3 år forud for afgørelsen »har været i« ordinær fuldtidsbeskæftigelse som nævnt i § 11, stk. 8, i mindst 2 år og 6 måneder. Beskæftigelse, som ansøgeren måske vil kunne få en gang i fremtiden, kan ikke være en beskæftigelse, som ansøgeren allerede »har været i« i det 3-årige tidsrum forud for afgørelsen.

Mulig fremtidig beskæftigelse er således efter § 11, stk. 3, nr. 8-9, alene relevant i forhold til fremtidige afgørelser om meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse, idet også fremtidige afgørelser om meddelelse af (eller med andre ord: afgørelser om at meddele eller at give) tidsubegrænset opholdstilladelse efter disse bestemmelser skal træffes på grundlag af allerede tilbagelagte perioder.

Når beskæftigelseskravene i Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8-9, henviser til tidspunktet for afgørelsen om meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse og et tidsrum på 3 år forud herfor, må det samme tidspunkt og tidsrum være afgørende for vurderingen af, om ansøgerens manglende opfyldelse af beskæftigelseskravene i forhold til bestemmelsen i Udlændingelovens § 11, stk. 16, skyldes, at ansøgeren er handicappet som defineret i FN-konventionens artikel 2, og om afslag på at sidestille dette med opfyldelse af beskæftigelseskravet indebærer en ikke tilladt diskrimination af en person, der er handicappet, sammenlignet med en person, der ikke er handicappet, jf. nærmere FN-konventionens artikel 5 og 23.

Om noget indebærer diskrimination, må med andre ord undersøges ved en sammenligning af sammenlignelige allerede indtrufne omstændigheder og ikke ved at sammenholde noget, som allerede er indtruffet, med noget, som måske en gang i fremtiden vil kunne tænkes at indtræde.

Det fremgår i overensstemmelse med det anførte af Udlændingelovens § 11, stk. 16, at der efter denne bestemmelse kan meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse i tilfælde, hvor beskæftigelseskravet og kravet om at være i beskæftigelse på ansøgningstidspunktet (jf. Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8-9), ikke kan kræves opfyldt, fordi Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det. Trods bestemmelsens anvendelse af ordet »kan«, er det forudsat, at udlændinge, der som følge af handicap ikke er i stand til at opfylde en eller flere af betingelserne for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse, i overensstemmelse med konventionen »ikke mødes« med disse krav, jf. pkt. 3.8 i de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L 87 af 10. december 2015. Anvendelsen af bestemmelsen forudsættes således at være obligatorisk under de angivne betingelser, således at Danmark overholder sine internationale forpligtelser.

Efter de foreliggende lægeerklæringer finder retten det ubetænkeligt at anse A som en person, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre fuld og effektiv deltagelse i samfundslivet på lige fod med andre, og således som en »person med handicap« som nævnt i FN-konventionens artikel 1, stk. 2. Efter de foreliggende speciallægeerklæringer må A antages på grund af sin sygdom og den heraf følgende manglende erhvervsevne ikke

blot at have været afskåret fra at arbejde på tidspunktet for ansøgningen og i det 3-årige tidsrum forud for Udlændingenævnets afgørelse af 14. juli 2017 vedrørende tidsbegrænset opholdstilladelse, men tillige »varigt« at være afskåret fra at varetage et arbejde, være sig på nedsat eller på fuld tid.

De deltagende stater skal efter FN-konventionens artikel 5, stk. 2, forbyde enhver diskrimination på grund af handicap og skal sikre personer med handicap lige og effektiv retlig beskyttelse imod diskrimination af enhver grund. I artikel 2 defineres »diskrimination på grund af handicap« som: »enhver sondring, udelukkelse eller begrænsning på grund af et handicap, hvis formål eller virkning er at svække eller ophæve den ligelige anerkendelse, nydelse eller udøvelse af alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på det politiske, økonomiske, sociale, kulturelle, civile eller et hvilket som helst andet område«, og »Dette omfatter alle former for diskrimination, herunder nægtelse af rimelig tilpasning«.

Retten finder, at Udlændingenævnets nægtelse af meddele en person med handicap som A tidsbegrænset opholdstilladelse under henvisning til, at hun - der ikke er i stand til og ikke har udsigt til nogensinde at blive i stand til arbejde, være sig på fuld eller på nedsat tid - ikke opfylder beskæftigelseskravene, indebærer en diskrimination af A på grund af hendes handicap, som er i strid med forbuddet i konventionens artikel 5, der pålægger de deltagende stater, herunder Danmark, at sørge for, at alle er lige for loven, og at alle uden nogen form for diskrimination af de nævnte grunde har ret til lige beskyttelse og til at drage samme nytte af loven, herunder i forhold til familielivet, jf. artikel 23.

For at undgå, at Udlændingemyndighederne gennem deres afgørelser efter Udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8-9, foretager sådan diskrimination, har lovgiver gennemført reglen i Udlændingelovens § 11, stk. 16, som netop tager sigte på at give udlændingemyndighederne de redskaber, der er nødvendige for at undgå, at de ved

3583

deres administration af disse regler, handler i strid med Danmarks internationale forpligtelser, herunder efter FN's Handicapkonvention.

Udlændingenævnet, hvis afgørelse her er til prøvelse, burde således ved at bringe bestemmelsen i Udlændingelovens § 11, stk. 16, i anvendelse have meddelt A den ansøgte tidsbegrænsede opholdstilladelse.

Retten tager herefter A's påstand til følge og sender sagen tilbage til Udlændingenævnet til ny afgørelse i overensstemmelse med det, som er angivet ovenfor i denne dom.

I sagsomkostninger betaler Udlændingenævnet under hensyn til sagens omfang og varighed 25.000 kr. til A, der ikke er momsregistreret, til dækning af hendes udgift til advokat.

THI KENDES FOR RET

Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017 ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling ved Udlændingenævnet.

I sagsomkostninger betaler Udlændingenævnet inden 14 dage efter denne doms afsigelse 25.000 kr. til A. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Østre Landsrets dom 9. december 2019 BS-50712/2018-OLR [U.2020.788]

Retten på Frederiksberg har den 18. december 2018 afsagt dom i 1. instans (sag BS-4121/2018-FRB).

Landsdommerne Thomas Lohse, Karen Hald og Jesper Stage Thusholt (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Udlændingenævnet, har påstået frifindelse.

Indstævnte, A, har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

A havde fra 2008 til 2010 opholdstilladelse i Danmark som studerende og har herefter haft opholdstilladelse som familiesammenført til sin danske ægtefælle. Det fremgår af stævningen, at hun i 2010 blev ansat som tolk i ..., men blev sygemeldt efter kort tid på grund af sin sygdom. I 2012 blev hun tilmeldt jurastudiet, men var på grund af sin psykiske sygdom ikke i stand til at gennemføre studiet. I 2014 blev hun tilmeldt engelskstudiet, men måtte samme år tage orlov. Som en del af hendes psykiatriske behandlingsforløb gennemførte hun endvidere den teoretiske del af frisøruddannelsen, idet hun har merit for den praktiske del fra Iran. Ligeledes i 2014 forsøgte hun at opstarte selvstændig virksomhed som frisør på det kollegium, hvor hun var bosat, men hun måtte opgive på grund af sin sygdom.

Ansøgningen om permanent opholdstilladelse er underskrevet af A og hendes ægtefælle den 26. november 2015 og i overensstemmelse med de dagældende regler begrundet i A's uddannelsesforløb. Ansøgningen er imidlertid først indgivet efter fremsættelse af det lovforslag af 10. december 2015, som førte til lov nr. 102 af 3. februar 2016.

I ansøgningen har A erklæret, at hun ikke havde været i ordinært arbejde inden for de sidste 5 år, at hun ikke var i arbejde, men under uddannelse, og at hun forventede at få et deltidsjob som frisør ved siden af studiet. Hun har endvidere i skemaet erklæret, at hun havde været under uddannelse fra den 6. februar 2012 til den 2. oktober 2015 som frisør på XX Frisørskole og var tilmeldt engelsk på Z Universitet. Hun har derimod ikke udfyldt spørgsmål om, hvorvidt hun har haft arbejde i udlandet som led i et ansættelsesforhold i Danmark inden for de seneste 5 år, ligesom hun ikke har udfyldt spørgsmål om, hvorvidt hun har et handicap, der forhindrer hende i opfyldelse af en eller flere af betingelserne for at få permanent opholdstilladelse.

Af et Skolebevis for Frisør af 2. november 2015 fremgår, at A har gennemført uddannelsen i henhold til bekendtgørelse nr. 393 af 1. maj 2012 om uddannelserne i den erhvervsfaglige fællesindgang krop og stil.

Af Z Universitets selvbetjeningsportal fremgår, at A i efteråret 2015 var tilmeldt europæisk kulturhistorie, engelsk grammatik og introduktion til oversættelse, og at hun i foråret 2016 var tilmeldt engelsk fonetik, engelsk oversættelse, engelsk grammatik og perspektiver i sprogbeskrivelsen samt videnskabsteori. Der er under sagen fremlagt dokumentation for, at Z Universitet har meddelt A dispensation fra tilmeldingskravet på bacheloruddannelsen i forårssemesteret 2016.

Ved brev af 10. februar 2016 oplyste Udlændingestyrelsen A om, at hendes ansøgning var omfattet af lov nr. 102 af 3. februar 2016, og bad i den anledning om yderligere oplysninger, da de indsendte oplysninger ikke var tilstrækkelige for, at Udlændingestyrelsen kunne træffe afgørelse.

I et svar af 4. april 2016 oplyste A's daværende advokat, at A på grund af sit handicap ikke kunne opfylde kravet om ordinær fuld-tidsbeskæftigelse i mindst 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år, og at der ikke var en forventning om, at hendes tilstand kunne helbredes, hvorfor hun ikke kunne opfylde kravet om aktuel beskæftigelse. Der henvistes samtidig til lægeudtalelsen af 23. marts 2016, og der fremsendtes ny ansøgning, hvor A blandt andet erklærede, at hun havde et handicap, der forhindrede hende i opfyldelse af betingelserne for at få permanent opholdstilladelse.

Udover det i dommen refererede fremgår det af den lægelige udtalelse af 23. marts 2016 under afsnittet Aktuelle tilstand blandt andet:

»Patienten har haft en pause i kontakten til psykiatrien fra december 2014 til februar 2016. I løbet af denne tid har patienten haft en nedtrapning i den medicinske behandling på eget initiativ. Dette vurderes at have

3584

medført en væsentlig forværring i patientens symptomer. Vi er i øjeblikket i gang med en optrapning i medicin. Patienten har for nylig selv tænkt på at en indlæggelse måske var nødvendigt, og det vurderes løbende ved samtaler.«

Endvidere fremgår det indledningsvis af afsnittet Vurdering:

»37-årig kvinde med diagnosen paranoid skizofreni og aktuel opblussen i symptomer på baggrund af mindre medicinsvigt og psykosociale belastninger. Tilstanden er præget af negative symptomer og lette psykotiske symptomer. Objektivt fremstår patienten med let nedsat stemningsleje, nedsat psykomotorisk tempo og affaldet affekt. Patienten vurderes ikke uden håb og der er en alliance om ikke at gøre skade på sig selv. Patienten fremstår med god begavelse.

Det er vanskeligt at sige noget endeligt om prognosen hos denne patient. Der er forventning om at tilstanden kan stabiliseres og bedres, men det forudsætter vedvarende medicinsk behandling samt hyppige samtaler i et flerårigt behandlingsforløb. Et egentlig psykologforløb kan også være relevant.

...«

Udover det i dommen refererede fremgår det af den lægelige udtalelse af 20. september 2016 under afsnittet Aktuelle tilstand:

»... Patienten er fortsat præget af negative symptomer med manglende energi, fravær af glæde (anhedoni), manglende lyst og motivation. Herudover er der på trods af medicinsk behandling ingen ændring i patientens psykotiske symptomer. Der er således fortsat selvhenvendelsestendens, paranoide fortolkninger af omgivelserne og hørelsesshallucinationer. I perioder er der alvorlige selvmodstanker.

Vurdering:

... Erfaringsmæssigt kan man ikke behandle negative symptomer. Patienten responderer heller ikke tilstrækkeligt på medicinsk behandling i forhold til de psykotiske symptomer. ...«

Ved brev af 23. september 2016 klagede A's daværende advokat over Udlændingestyrelsens afslag på permanent opholdstilladelse og gjorde blandt andet gældende, at A under alle omstændigheder ville være berettiget til en sygemelding eller førtidspension, hvorfor det ikke burde komme hende til skade, at hun havde gennemført en uddannelse, som ikke på de foreliggende vilkår kunne sidestilles med beskæftigelse.

Ved brev af 6. juni 2017 bad Udlændingenævnet A om at oplyse nærmere om sin aktuelle helbredsmæssige situation, og hvorvidt hendes bopælskommune havde hjulpet hende til at komme på arbejdsmarkedet.

I brev af 22. juni 2017, hvorved A's daværende advokat fremkom med supplerende bemærkninger til Udlændingenævnet, understregede A's advokat, at såfremt A havde søgt om førtidspension eller anden hjælp fra kommunen, ville hun kunne forvente et langt forløb, hvor hun ville være henvist til ressourceforløbsydelse eller kontanthjælp, som ville medføre, at hendes opholdstilladelse ville blive inddraget. Dette bestrides af Udlændingenævnet.

Forklaringer

A har afgivet supplerende forklaring og herunder forklaret blandt andet, at hun alene deltog i den teoretiske del af frisøruddannelsen i Danmark, idet hun havde den praktiske del fra Iran. Hun blev optaget på engelsk ved Z Universitet i 2014 og skulle have været færdig i 2017, men hun er endnu ikke færdig med bacheloruddannelsen. Hun gennemfører omkring en fjerdedel af den undervisning

mv., som hun skal. Hun har bestået eksaminer i litteratur, historie og grammatik, og i den forbindelse har hun fået længere tid til eksaminerne. Hun har dispensation fra studieaktivitetskravet og deltagelse i mødepligtig undervisning, ligesom hun får længere tid til eksamen. Hun har herudover en mentor og en støttelærer, hvor hun modtager enetimer. Før da var hun startet på jura, men det var for krævende, så hun valgte i stedet engelsk, idet hun i forvejen havde en bachelor i engelsk fra Iran. Hun tror ikke, at det er realistisk at blive gymnasielærer. Når hun alligevel har valgt at fortsætte engelskstudiet, er det for at have noget at tage sig til. Hun har ikke været i arbejdsprøvning i kommunalt regi, fordi hun forestiller sig, at det er meget stressende. Hun vil helst ikke modtage kontanthjælp under arbejdsprøvning, fordi det ville have betydning for hendes opholdstilladelse. Depressioner, stress og andre symptomer har desuden gjort, at hun ikke har haft overskud til at søge fleksjob. Hun ønsker heller ikke at blive førtidspensionist. Der har ikke været nogen bedring i hendes tilstand, siden sagen blev behandlet i byretten.

Der var ofte pauser i undervisningen på frisøruddannelsen i Danmark, og derfor strakte den sig fra foråret 2012 til efteråret 2015. Henset til hendes sygdom passede det hende fint. Hun husker ikke, om hun i samme periode beskæftigede sig med andre ting. Hendes ønske om deltidsarbejde som frisør viste sig ikke at være realistisk. Hun trappede selv ud af den medicinske behandling på grund af bivirkningerne. Efterfølgende talte hun med sin læge og fik derefter en mindre dosis, men det hjalp ikke på bivirkningerne. Hun har ikke været i kontakt med kommunen, fordi hun ikke har følt sig rask nok til at gennemføre en arbejdsprøvning med henblik på eventuelt fleksjob. I stedet havde hun forsøgt sig med andre jobs som f.eks. tolk og frisør på det kollegium, hvor hun boede, men hun måtte opgive. Hun forsøgte endvidere med et importfirma.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

3585

Udlændingenævnet har yderligere og uddybende anført, at en speciallæges vurdering af en borgers arbejdsevne kan være af værdi for det kommunale jobcenters videre udredning, men den kan ikke stå alene. Vurderingen af omfanget af en borgers arbejdsevne foretages i kommunalt regi, ved at borgeren gennemgår et ressourceforløb. Reglerne skal ses i lyset af den reform af reglerne om social pension, der blev gennemført ved lov nr. 1380 af 23. december 2012, hvorefter en rent lægelig vurdering, ikke (længere) kunne stå alene.

I byrettens præmisser på side 12, 1. afsnit, anfører retten, at det er udelukket, at A's helbredsmæssige forhold kan bedres i et sådant omfang, at hun vil kunne varetage et arbejde, være sig på fuld tid eller nedsat tid.

Dette bestrides som ukorrekt, og det har ikke støtte i sagens foreliggende oplysninger.

I perioden fra februar 2012 til oktober 2015 var A, som et led i det psykiatriske behandlingsforløb, under uddannelse som frisør. Hun fik merit for den praktiske del, men gennemførte den teoretiske del på skånsomme vilkår. I efteråret påbegyndte hun en universitetsuddannelse i engelsk på Z Universitet og blev tildelt handicap-tillæg, specialpædagogisk støtte og dispensation fra førsteårsprøvekravet og kravet om at skulle bestå 30 ECTS pr. semester. A er fortsat under uddannelse.

At A kan gennemføre en teoretisk frisøruddannelse og følge fag på universitetet, taler imod, at hun er uden nogen form for arbejdsevne.

Det fremhæves herved også, at A efter det oplyste selv har afsluttet den psykiatriske behandling hos OPUS i december 2014 efter gentagne udeblivelser. Det fremgår også, at A har haft en pause i kontakten til psykiatrien fra december 2014 til februar 2016, og at hun i løbet af den periode har nedtrappet den medicinske behandling på eget initiativ. A har således i en lang periode ikke været i den fornødne psykiatriske behandling. Det medfører også, at det ikke kan afvises, at A's fortsatte psykiatriske behandling kunne afhjælpe eller i hvert fald lindre symptomerne.

På denne baggrund er der ikke holdepunkter for at afvise, at A's helbredstilstand, med de nødvendige og relevante behandlingstiltag, på sigt vil kunne bedres i et omfang, hvorved hun vil kunne opfylde beskæftigelseskravet, eksempelvis i form af et fleksjob.

En sådan visitering til et fleksjob forudsætter, at der skal være gennemført en fyldestgørende udredning af borgerens situation og beskæftigelsesmuligheder. Før der foreligger en sådan udredning, kan der derfor heller ikke gives dispensation for beskæftigelseskravet i udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8.

Udlændingenævnets afgørelser træffes ved en konkret vurdering af sagen ud fra de på afgørelsestidspunktet foreliggende oplysninger. Hvis det ud fra de foreliggende oplysninger og borgerens aktuelle situation ikke kan udelukkes, at borgeren på et senere tidspunkt kan opfylde selvforsørgelseskravet eller beskæftigelseskravet, gives der ikke dispensation fra lovens betingelser.

Det afgørende i denne sag er, at A ikke er jobafklaret i kommunalt regi, hvorfor Udlændingenævnet hverken kan be- eller afkræfte, at A er uden arbejdsevne, og derfor meddeles hun afslag på tidsbegrænset opholdstilladelse.

Dette er ikke i strid med handicapkonventionen, allerede fordi det ikke kan hævdes, at A på grund af sit handicap var afskåret fra at rette henvendelse til kommunen for at opnå en jobafklaring og evt. blive visiteret til et fleksjob.

Det er korrekt, at referenceperioden er de forudgående 3 år, men det er A's beslutning og risiko, at hun undlod at rette henvendelse til kommunen tidligere, så hendes ressourcesituation kunne være afklaret, men satsede på, at dispensationen ville blive givet på det foreliggende grundlag. Prognosebemærkningen går da også kun ud på at pege på, at A's situation netop ikke var afklaret.

Afslaget på dispensation fra beskæftigelseskravet i udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8, er ikke i strid med handicapkonventionens artikel 5. A udsættes således ikke ved den trufne afgørelse for diskrimination på grund af sit handicap.

Byretten har ikke i tilstrækkeligt omfang forholdt sig til, om A, da Udlændingenævnet traf afgørelse, befandt sig i en situation, der er sammenlignelig med den situation, som personer uden handicap, der ikke i 2 år og 6 måneder inden for de seneste 3 år har opfyldt beskæftigelseskravet, befandt sig i.

Konkret kan A ikke anses for at være blevet diskrimineret - hverken direkte eller indirekte - i forhold til personer, som søger om tidsbegrænset opholdstilladelse, og som ikke er handicappede, og som tilsvarende ikke i perioden forud for ansøgningens indgivelse opfyldte beskæftigelseskravet.

Handicapkonventionen pålægger de deltagende stater at sørge for, at alle er lige for loven. Når det ved lov er bestemt, at kommunerne har kompetencen til at foretage en vurdering af arbejdsevnen hos borgere, der ønsker at modtage offentlig bistand, kan der ikke bortses herfra i A's situation. Det afgørende er således som anført, at A ikke er udredt i kommunalt regi. A har bevisbyrden for, at det kan udelukkes, at hun efter et ressourceforløb ville blive visiteret til et fleksjob, så hun kunne opfylde beskæftigelseskravet.

Byretten lægger til grund, at FN's handicapkonvention tilsiger, at der fuldt ud skal bortses fra beskæftigelseskravet, når ansøgeren som følge af sit handicap ikke er i stand til at opfylde beskæftigelseskravet, idet handicappet i så fald vil udgøre en barriere for, at ansøgeren kan få tidsbegrænset opholdstilladelse. Byretten har

3586

herved overset, at FN's handicapkonvention kun indeholder et diskriminationsforbud, og at konventionen under alle omstændigheder ikke stiller krav om, at der skal bortses fuldstændigt fra beskæftigelseskravet i en situation som den foreliggende, hvor det ikke kan anses for godtgjort, at beskæftigelseskravet ikke kan opfyldes eventuelt på sigt, eller at det i øvrigt er uproportionalt. Det må herved tillægges vægt, at der kan søges om tidsbegrænset opholdstilladelse på ny, når betingelserne i § 11, stk. 3, nr. 8, er opfyldt, eller når A er udredt uden nogen udsigt til, at hun på sigt kan opfylde beskæftigelseskravet.

I perioden under et udredningsforløb med henblik på at vurdere A's videre muligheder i forhold til arbejde og uddannelse vil hun også befinde sig i en situation, der er sammenlignelig med den situation, som personer uden handicap befinder sig i. A vil i et udredningsforløb være stillet på samme måde som disse personer, hvilket ikke vil udgøre forskelsbehandling i strid med FN's Handicapkonvention.

I betragtning af, at A's nuværende opholdstilladelse er gyldig frem til maj 2021, har der været tid nok til, at den lovbestemte jobudredning kunne gennemføres.

A har heroverfor yderligere og uddybende anført, at det følger af handicapkonventionens artikel 23, at deltagerstaterne skal træffe effektive og passende foranstaltninger til at afskaffe diskrimination af personer med handicap i alle forhold vedrørende bl.a. familieleiv og personlige forhold.

Ved fortolkningen af udlændingelovens bestemmelser om opnåelse af tidsbegrænset opholdstilladelse skal der tages tilstrækkeligt hensyn til de forpligtelser, der følger af handicapkonventionen. Handicapkonventionen kan på den baggrund ved den direkte henvisning til konventionen i udlændingelovens dagældende § 11, stk. 16 (nu stk. 17), tillige direkte påberåbes af borgere i Danmark som grundlag for tildeling af retten til ikke at blive forskelsbehandlet på grund af handicap.

Udlændingemyndighederne, herunder Udlændingenævnet, skal administrere udlændingelovens § 11, stk. 3, jf. § 11, stk. 17, under nøje iagttagelse af handicapkonventionen, og administration konkret i en sag må ikke herved stride mod bl.a. konventionens artikel 1, 2, 5 og 23.

Højesteret fandt i U2017.973H, at der i den pågældende situation ikke forelå diskrimination i strid med bl.a. forbuddet i handicapkonventionen, særligt under henvisning til, at personen, der led af et handicap, havde rimelig udsigt til på sigt at opfylde selvforsørgelseskravet.

Denne proportionalitetsvurdering blev efterfølgende underkendt af FN's Handicapkomité i sin udtalelse nr. 39/2017 af 21. december 2018 (CR-PD/C/20/39/2017), der fandt, at udsigten til eventuel opfyldelse af selvforsørgelseskravet var mindre sikker, og forhindrede personen, der led af et handicap, at opnå familiesammenføring på lige vilkår, som personer der ikke led af et handicap.

Den danske stat har herefter ved sin opfølgning over for komitéen eksplicit tilkendegivet, at man fremadrettet vil sikre, at der ikke sker lignende overtrædelse af diskriminationsforbuddet indeholdt i handicapkonventionen.

Hvorvidt A har udsigt til at komme i beskæftigelse - herunder på skånsomme vilkår - tilkommer det Udlændingenævnet på sikkert grundlag at føre bevis for, da dette indgår i den proportionalitetsvurdering, som en myndighed skal gennemføre.

Udlændingenævnet har ikke indholdsmæssigt og konkret fremlagt eller inddraget oplysninger, der nærmere afdækker fremtidige beskæftigelsesmuligheder for A og således konkret imødegået de

lægelige oplysninger mv., der er fremlagt med klart modsatrettet indhold gennem sagens forløb.

Udlændingenævnets gæteri opfylder således ikke kravene til en fyldestgørende proportionalitetsvurdering.

Allerede af den grund ses afgørelsen at indebære, at nævnet ikke har foretaget en tilstrækkelig proportionalitetsvurdering af aktuelle omstændigheder, der afdækker muligheden for opfyldelse af beskæftigelseskravene på sigt, og som er konkret baseret på faktiske omstændigheder, der er afdækket i sagen.

Ved proportionalitetsvurderingen, der er knyttet til udlændingelovens dagældende § 11, stk. 16, og FN's Handicapkonventions bl.a. artikel 5 mv., må der ske inddragelse af, i hvor lang tid personen med handicap er udelukket fra at opnå adgang til tidsbegrænset opholdstilladelse, jf. hertil direkte begrundelsen i FN's Handicapkomité's udtalelse nr. 39/2017.

Som udgangspunkt vil dette, hvis A på afgørelsestidspunktet i august 2017 var påbegyndt beskæftigelse i et fleksjob, indebære, at hun ville være udelukket fra opnåelse af tidsbegrænset opholdstilladelse i 3 år og 6 måneder, henset til indførte nye beskæftigelseskrav. En sådan beregning tager dog ikke hensyn til, at fleksjob normalt først tilbydes efter et ressourceforløb, der har en normal varighed mellem 1 til 5 år, jf. lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 68 a, stk. 4.

Udlændingenævnet ses ikke at have inddraget det tidsmæssige spørgsmål om, i hvor lang tid A er udelukket fra at opnå tidsbegrænset opholdstilladelse på grund af sit handicap i proportionalitetsvurderingen, der fremgår af nævnets afgørelse, herunder om det er i 2 år og 6 måneder, 3 år og 6 måneder, eller på mere ubestemt tid, at hun i givet fald er udelukket.

Landsrettens begrundelse og resultat

Denne sag vedrører spørgsmålet, om A kan gives permanent opholdstilladelse i Danmark som følge af

3587

dispensation fra beskæftigelseskravet i udlændingelovens dagældende § 11, stk. 3, nr. 8, under henvisning til Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention. Det er ubestridt, at A ikke opfyldte beskæftigelseskravet.

Af bemærkningerne til forslag nr. 87 af 10. december 2015 til lov om ændring af udlændingeloven fremgår:

»3.5.2.1 Ordinær fuldtidsbeskæftigelse

...
Fleksjob efter reglerne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats sidestilles også med ordinær beskæftigelse, uanset at der ydes offentligt tilskud til arbejdsgiveren, idet fleksjob er et tilbud til personer, der har en så varig og væsentlig nedsat arbejdsevne, at personen ikke har mulighed for at opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.

...«
Fleksjob sidestilles således med ordinær fuldtidsbeskæftigelse. Det er ubestridt, at A ikke har været i kontakt med kommunen med henblik på eventuelt at deltage i et ressourceforløb i henhold til kapitel 12 a i lov nr. 1342 af 21. november 2016 om en aktiv beskæftigelsesindsats. Landsretten finder derfor, at A ikke har godtgjort, at hun ikke ville kunne opfylde beskæftigelseskravet i udlændingelovens dagældende § 11, stk. 3, nr. 8.

Om FN's Handicapkonvention bemærker landsretten, at A befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med den situation, som personer uden handicap, der som hun ikke har godtgjort ikke at kunne opfylde beskæftigelseskravet i udlændingelovens dagældende § 11, stk. 3, nr. 8, befinder sig i. Landsretten finder på den baggrund ikke, at A har været udsat for forskelsbehandling i strid med Dan-

marks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention.

Med disse bemærkninger og af de grunde, der i øvrigt er anført af Udlændingenævnet, tages Udlændingenævnets påstand om frifindelse til følge.

Efter sagens udfald skal A i sagsomkostninger for begge retter betale 45.000 kr. til Udlændingenævnet. Beløbet er til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb.

Thi kendes for ret

Udlændingenævnet frifindes.

I sagsomkostninger for begge retter skal A inden 14 dage betale 45.000 kr. til Udlændingenævnet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Højesterets dom

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten på Frederiksberg den 18. december 2018 (BS-4121/2018-FRB) og af Østre Landsrets 22. afdeling den 9. december 2019 (BS-50712/2018-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Jens Kruse Mikkelsen, Lars Apostoli og Kristian Korfits Nielsen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Retsgrundlag

Udlændingeloven indeholdt på tidspunktet for Udlændingenævnets afgørelse bl.a. følgende bestemmelser i § 11:

»§ 11

...

Stk. 3. Medmindre der er grundlag for at inddrage opholdstilladelsen efter § 19, kan der efter ansøgning meddeles tidsbegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis

...

5) Udlændingen har ikke i de sidste 3 år forud for indgivelsen af ansøgning om tidsbegrænset opholdstilladelse, og indtil udlændingen vil kunne meddeles tidsbegrænset opholdstilladelse, modtaget offentlig hjælp efter lov om aktiv socialpolitik eller integrationsloven bortset fra hjælp i form af enkeltstående ydelser af mindre beløbsmæssig størrelse, der ikke er direkte relateret til forsørgelse, eller ydelser, der må sidestilles med løn eller pension eller træder i stedet herfor.

...

8) Udlændingen har været i ordinær fuldtidsbeskæftigelse eller udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed, jf. stk. 8, i mindst 2 år og 6 måneder inden for de sidste 3 år forud for meddelelsen af tidsbegrænset opholdstilladelse.

9) Udlændingen må antages at være tilknyttet arbejdsmarkedet på det tidspunkt, hvor tidsbegrænset opholdstilladelse vil kunne meddeles.

...

Stk. 6. Meddelelse af tidsbegrænset opholdstilladelse til en udlænding, som har nået folkepensionsalderen eller har fået tildelt førtidspension, er betinget af, at udlændingen opfylder betingelserne i stk. 3, nr. 1-7, og en af betingelserne i stk. 4, nr. 1 og 4. Opfylder udlændingen betingelserne i stk. 3, nr. 2-7, og betingelserne i stk. 4, nr. 1 og 4, kan udlændingen meddeles tidsbegrænset opholdstilladelse, når udlændingen har boet lovligt her i landet i mindst 4 år.

...

Stk. 16. Uanset at betingelserne i stk. 3, nr. 4-9, eller stk. 4, nr. 1-4, ikke er opfyldt, kan der meddeles tidsubegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis betingelserne ikke kan kræves opfyldt, fordi Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's konvention om rettigheder for personer med handicap, tilsiger det.«

Undtagelsesbestemmelsen i § 11, stk. 16, blev indført ved lov nr. 572 af 31. maj 2010 (dengang som § 11, stk.

3588

12). I de almindelige bemærkninger til lovforslaget hedder det bl.a. (Folketingstidende 2009-10, tillæg A, lovforslag nr. L 188, s. 23, 30 og 35 f.):

»4. Ændring af reglerne om meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse

...

Udlændinge, der som følge af handicap m.v. ikke er i stand til at opfylde betingelserne for at tidsubegrænset opholdstilladelse, vil i overensstemmelse med FN's Handicapkonvention ikke blive mødt med disse krav.

Der vil kun blive undtaget for de betingelser, som udlændingen grundet sit handicap m.v. ikke kan opfylde. Der skal tages udgangspunkt i den enkelte og dennes evner og ressourcer. Der skal ikke undtages fra alle krav, fordi man f.eks. ikke er i stand til at opfylde kravet om beskæftigelse. Det skal stå den enkelte udlænding klart, at der er brug for alle, der ønsker at bidrage til og være en del af samfundet. Det danske samfund bygger på, at alle - uanset baggrund - efter evne bidrager til fællesskabet. Derfor er en udlænding, der tager ansvar og viser vilje til integration, en gevinst for samfundet.

...

4.2.1.7. Beskæftigelse

...

Det gælder generelt, at der vil blive fraveget fra kravet om beskæftigelse i det omfang, internationale forpligtelser kræver det, jf. forslaget til § 11, stk. 12, og afsnit 4.4.

...

4.4. Forholdet til Danmarks internationale forpligtelser

Det er regeringens vurdering, at de foreslåede ændringer af reglerne om tidsubegrænset opholdstilladelse er i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (FN's Handicapkonvention), som Danmark i henhold til kgl. resolution af 13. juli 2009 har ratificeret, og som trådte i kraft for Danmark den 23. august 2009.

Det følger af den foreslåede bestemmelse i § 11, stk. 12, jf. lovforslagets § 1, nr. 7, at betingelserne vedrørende gæld til det offentlige, modtagelse af sociale ydelser, underskrivelse af integrationserklæringen, beståelse af Prøve i Dansk 2, og beskæftigelse, jf. forslaget til § 11, stk. 4, nr. 4-8, jf. § 11, stk. 3, og betingelserne om medborgerskab, jf. stk. 5, og de supplerende integrationsrelevante kriterier, jf. stk. 6, ikke finder anvendelse, hvis Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det.

Det følger af artikel 1 i FN's Handicapkonvention, at personer med handicap ifølge konventionen omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.

Årsagen til den nedsatte funktionsevne vil ofte være en lægeligt diagnosticeret lidelse, der angiver en langvarig nedsættelse af kropslige eller kognitive funktioner, som f.eks. syn, hørelse, lammelser, hjerneskade m.v. Endvidere kan en person, der lider af posttraumatisk stress, konkret blive anset for at være en person med handicap, hvis den posttraumatiske stress efter en konkret og individuel vurdering har karakter af en langvarig funktionsnedsættelse.

Af artikel 5, stk. 1 og 2, i FN's Handicapkonvention følger det, at deltagerstaterne anerkender, at alle er lige for loven, og at alle uden nogen form for diskrimination har ret til lige beskyttelse og til at drage samme nytte af loven, samt at deltagerstaterne skal forbyde enhver diskrimination på grund af handicap.

Udlændinge, der som følge af handicap, ikke er i stand til at opfylde en eller flere af betingelserne for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse, vil i overensstemmelse med konventionen ikke blive mødt med disse krav.

Det vil kun være de betingelser, som udlændingen grundet sit handicap ikke kan opfylde, som der vil blive undtaget fra. Andre krav, som ikke relaterer sig til udlændingens handicap, vil skulle opfyldes, ligesom det gælder for andre udlændinge.«

I lovforslagets bemærkninger til den foreslåede § 11, stk. 12, er anført bl.a. følgende (Folketingstidende 2009-10, tillæg A, lovforslag nr. L 188, s. 71):

»Efter den foreslåede bestemmelse i § 11, stk. 12, finder betingelserne i stk. 3, stk. 4, nr. 4-8, og i stk. 5 og 6 ikke anvendelse, hvis Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det.

Forslaget indebærer, at meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse ikke skal betinges af, at udlændingen ikke har forfalden gæld til det offentlige, at udlændingen ikke har modtaget offentlig hjælp, at udlændingen har underskrevet en erklæring om integration og aktivt medborgerskab i det danske samfund, eller af at udlændingen har haft ordinær fuldtidsbeskæftigelse i 2 år og 6 måneder, hvis Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det.

...

Det vil kun være de betingelser, som udlændingen grundet sit handicap m.v. ikke kan opfylde, som der vil blive undtaget fra. Andre krav, som ikke relaterer sig til udlændingens handicap, vil skulle opfyldes, ligesom det gælder for andre udlændinge.

Det følger af artikel 1 i FN's Handicapkonvention, at personer med handicap ifølge konventionen omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil

3589

med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.

Det påhviler udlændingen at dokumentere, at der foreligger et handicap, som bevirker, at der kan ske undtagelse efter § 11, stk. 12. Udlændingen skal således fremlægge dokumentation for, at udlændingen har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som bevirker, at udlændingen ikke kan opfylde betingelserne for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse.«

Beskæftigelseskravet i den dagældende udlændingelovs § 11, stk. 3, nr. 8, er affattet ved lov nr. 102 af 3. februar 2016. Bestemmelsen har virkning fra lovforslagets fremsættelse den 10. december 2015, således at ansøgninger om tidsubegrænset opholdstilladelse indgivet før denne dato behandles efter de hidtidige regler. I lovforslagets bemærkninger hedder det bl.a. (Folketingstidende 2015-16, tillæg A, lovforslag nr. L 87, s. 18 f.):

»3.5.2 Forslag til ændring

Kravet om fast tilknytning til arbejdsmarkedet skal bevares som betingelse for meddelelse af tidsubegrænset opholdstilladelse.

Det foreslås dog, at beskæftigelseskravet skærpes til et krav om ordinær fuldtidsbeskæftigelse her i landet i mindst 2 år og 6 måneder inden for de sidste 3 år forud for meddelelsen af tidsubegrænset opholdstilladelse.

Samtidig skal kravet fremover alene kunne opfyldes ved beskæftigelse på fuld tid, jf. herved afsnit 3.5.2.1. Ansættelsesforhold,

hvor udlændingen her i landet har haft ordinær beskæftigelse med en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på mellem 15 og 30 timer (deltidsbeskæftigelse) vil således ikke længere indgå i beregningen af beskæftigelseskravet. Det samme gælder i forhold til uddannelse.

...
I det omfang Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's Handicapkonvention, tilsiger det, vil der blive set bort fra beskæftigelseskravet.

3.5.2.1 Ordinær fuldtidsbeskæftigelse

Ved ordinær beskæftigelse forstås, at beskæftigelsen skal være aflønnet efter gældende overenskomst eller udført under sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår og uden offentligt tilskud, f.eks. løntilskud.

Ved fuldtidsbeskæftigelse forstås som i dag, at udlændingen skal have været ansat med en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på mindst 30 timer. Dette opgøres på månedsbasis ved, at udlændingen har haft 2 år og 6 måneders beskæftigelse med mindst 120 timers månedlig beskæftigelse.

...
... Fleksjob efter reglerne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats sidestilles også med ordinær beskæftigelse, uanset at der ydes offentligt tilskud til arbejdsgiveren, idet fleksjob er et tilbud til personer, der har en så varig og væsentlig nedsat arbejdsevne, at personen ikke har mulighed for at opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet.«

FN's konvention af 13. december 2006 om rettigheder for personer med handicap indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 1

Formål

Formålet med denne konvention er at fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre, samt at fremme respekten for deres naturlige værdighed.

Personer med handicap omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. ...

Artikel 2

Definitioner

I denne konvention:

...
betyder »diskrimination på grund af handicap« enhver sontring, udelukkelse eller begrænsning på grund af et handicap, hvis formål eller virkning er at svække eller ophæve den ligelige anerkendelse, nydelse eller udøvelse af alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på det politiske, økonomiske, sociale, kulturelle, civile eller et hvilket som helst andet område. Dette omfatter alle former for diskrimination, ...

Artikel 5

Lighed og ikke-diskrimination

1. Deltagerstaterne anerkender, at alle er lige for loven, og at alle uden nogen form for diskrimination har ret til lige beskyttelse og til at drage samme nytte af loven.

2. Deltagerstaterne skal forbyde enhver diskrimination på grund af handicap og skal sikre personer med handicap lige og effektiv retlig beskyttelse imod diskrimination af enhver grund.

...

Artikel 23

Respekt for hjemmet og familien

1. Deltagerstaterne skal træffe effektive og passende foranstaltninger til at afskaffe diskrimination af personer med handicap i alle

forhold vedrørende ægteskab, familieliv, forældreskab og personlige forhold på lige fod med andre med henblik på at sikre:

a) anerkendelse af retten for alle personer med handicap i den giftefærdige alder til at indgå ægteskab og

3590

stifte familie på basis af de kommende ægtefællers frie og uforbeholdne samtykke,

...«

Anbringender

A har supplerende anført navnlig, at Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017, hvorved nævnet afviste at se bort fra beskæftigelseskravet i den dagældende udlændingelovs § 11, stk. 3, nr. 8, ikke kun er i strid med FN's Handicapkonvention, men også er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8.

Udlændingenævnet har supplerende anført navnlig, at det ikke bestrides, at A er handicappet i FN's Handicapkonventions forstand. Nævnets afgørelse af 14. august 2017 indebærer ikke forskelsbehandling i strid med FN's Handicapkonvention eller med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår prøvelse af Udlændingenævnets afgørelse af 14. august 2017, hvorved A fik afslag på sin ansøgning om tidsbegrænset opholdstilladelse i Danmark med henvisning til, at hun ikke opfyldte beskæftigelseskravet i dagældende § 11, stk. 3, nr. 8, i udlændingeloven.

Parterne er enige om, at A på tidspunktet for Udlændingenævnets afgørelse ikke opfyldte betingelsen i § 11, stk. 3, nr. 8, om at have været i ordinær fuldtidsbeskæftigelse eller udøvet selvstændig erhvervsvirksomhed i mindst 2 år og 6 måneder inden for de sidste 3 år forud for meddelelsen af tidsbegrænset opholdstilladelse.

Det fremgår af den dagældende udlændingelovs § 11, stk. 16 (nu stk. 17), at der, uanset at beskæftigelseskravet i stk. 3, nr. 8, ikke er opfyldt, kan meddeles tidsbegrænset opholdstilladelse til en udlænding over 18 år, hvis betingelsen ikke kan kræves opfyldt, fordi Danmarks internationale forpligtelser, herunder FN's konvention af 13. december 2006 om rettigheder for personer med handicap (FN's Handicapkonvention), tilsiger det.

Udlændingenævnet har ikke bestridt, at A som følge af sin psykiske funktionsnedsættelse er handicappet i FN's Handicapkonventions forstand. Spørgsmålet er herefter, om nævnets afslag er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i Handicapkonventionens artikel 5 eller i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8.

A har anført, at Udlændingenævnet ikke har godtgjort, at hun på tidspunktet for nævnets afgørelse havde rimelig udsigt til at opfylde beskæftigelseskravet i § 11, stk. 3, nr. 8, i udlændingeloven. Det var derfor i strid med Danmarks internationale forpligtelser, at Udlændingenævnet ikke så bort fra beskæftigelseskravet.

Af speciallæge i psykiatri B's erklæring af 23. marts 2016, som er indgået i Udlændingenævnets afgørelse, fremgår bl.a., at A lider af paranoid skizofreni, at hendes tilstand er kronisk, og at der forventeligt i flere år frem vil skulle tages hensyn til hendes sårbarhed og nedsatte tærskel for stress og belastninger. Det fremgår endvidere, at det er muligt, at hun kan have et arbejde på nedsat tid, men at det ikke er realistisk at forvente, at hun kan varetage fuldtidsarbejde.

Af samme læges erklæring af 20. september 2016 og 21. juni 2017, som også er indgået i Udlændingenævnets afgørelse, fremgår, at A's psykiske tilstand har været uforandret i behandlingsforløbet siden marts 2016, at sygdommen er kronisk og symptomerne ved-

varende, og at det på det foreliggende grundlag ikke er realistisk at forvente, at hun kan fungere i et arbejde, hverken på fuld eller nedsat tid.

Højesteret finder, at det ikke ved lægeerklæringerne er godtgjort, at A på tidspunktet for Udlændingenævnets afgørelse som følge af sit handicap ikke havde rimelig udsigt til at kunne opfylde beskæftigelseskravet i udlændingelovens § 11, stk. 3, nr. 8. Det bemærkes herved, at der ikke med lægeerklæringerne er gjort op med A's muligheder for begrænset beskæftigelse gennem et fleksjob, som efter lovforarbejderne sidestilles med ordinær beskæftigelse. Hendes arbejdsevne er ikke blevet afklaret gennem et kommunalt ressourceforløb. Hun har i perioden 2012-2015 færdiggjort en uddannelse som frisør og har siden 2014 været tilmeldt som studerende på Z Universitet.

De tidsmæssige forhold, som A har påberåbt sig, hvis hun skal igennem et kommunalt ressourceforløb, inden hun kan påbegynde et eventuelt fleksjob, kan ikke føre til, at Udlændingenævnet som følge af A's handicap skulle se bort fra den manglende opfyldelse af beskæftigelseskravet, da nævnet traf afgørelse den 14. august 2017. Hvis nævnet havde set bort fra beskæftigelseskravet, ville A blive stillet bedre end en ikke handicappet, der befandt sig i en sammenlignelig situation.

På den anførte baggrund tiltræder Højesteret, at Udlændingenævnets afslag på A's ansøgning om tidsubegrænset opholdstilladelse ikke var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i FN's Handicapkonventions artikel 5 eller i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

Under hensyn til det særlige behov for afklaring af retstilstanden finder Højesteret, at ingen part skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.

Thi kendes for ret

Landsrettens dom stadfæstes.

Ingen part skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.