



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 9. december 2019

Sag BS-50712/2018-OLR
(22. afdeling)

Udlændingenævnet
(advokat Karsten Hagel-Sørensen)

mod

A
(advokat Eddie Omar Rosenberg Khawaja)

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 As 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 As daværende advokat, at A på grund af sit handicap ikke kunne opfylde kravet om ordinær fuldtidsbeskæftigelse 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 læ-

geudtalelsen 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 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 selvhenføringstendens, paranoide fortolkninger af omgivelserne og hørelshallucinationer. I perioder er der alvorlige selvmordstanker.

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 As 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 As daværende advokat fremkom med supplerende bemærkninger til Udlændingenævnet, understregede As 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.

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 As 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 handicaptillæg, 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 As fortsatte psykiatriske behandling kunne afhjælpe eller i hvert fald lindre symptomerne.

På denne baggrund er der ikke holdepunkter for at afvise, at As 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 tidsubegrænset 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 As 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 As 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, befinder sig i.

Konkret kan A ikke anses for at være blevet diskrimineret — hverken direkte eller indirekte — i forhold til personer, som søger om tidsubegrænset 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 As 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 tidsubegrænset opholdstilladelse. Byretten har 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 tidsubegrænset 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 As 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 As 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. familieliv og personlige forhold.

Ved fortolkningen af udlændingelovens bestemmelser om opnåelse af tidsubegrænset 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 da-gældende § 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 gætterier 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 af-

dækker 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 tidsubegrænset 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 tidsubegrænset 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 tidsubegrænset 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 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 si-destilles 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 Danmarks 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.