Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 6. december 2012 [1]

Forenede sager C-335/11 og C-337/11

HK Danmark, som mandatar for Jette Ring
mod
Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB
og
HK Danmark, som mandatar for Lone Skouboe Werge
mod
Pro Display A/S under konkurs

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sø- og Handelsretten (Danmark))

»Ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv — direktiv 2000/78/EF — forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap — begrebet handicap — afgrænsningen mellem sygdom og handicap — tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang — indirekte forskelsbehandling — berettigelse«

I – Indledning

1. Hvornår foreligger der et handicap i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [2], og hvordan skal begrebet handicap afgrænses fra begrebet sygdom? Dette spørgsmål er det centrale i denne præjudicielle sag. Domstolen anmodes derfor om at præcisere den definition af begrebet handicap, som den opstillede i Chacón Navas-dommen [3].

2. Derudover drejer sagen sig om, hvad der skal forstås ved tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang, som arbejdsgiveren skal træffe i henhold til artikel 5 i direktiv 2000/78. Endelig har den forelæggende ret spurgt, om et forkortet opsigelsesvarsel som følge af sygefravær kan udgøre forskelsbehandling på grund af handicap.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16), herefter »direktiv 2000/78«.

3 — Dom af 11.6.2006, sag C-13/05, Sml. I, s. 6467.

II – Retsforskrifter

A – *Folkeret*

3. I De Forenede Nationers konvention af 13. december 2006 om handicappedes rettigheder[4] er der anført følgende i præamblens litra e): »[de i denne konvention deltagende stater, som] anerkender, at handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsmæssige og omgivelsesbestemte barrierer, som hindrer deres fulde og effektive deltagelse i samfundslivet på lige fod med andre«.

4. I konventionens artikel 1, stk. 2, defineres personer med handicap således:

»Handicappede omfatter personer med en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hæmme dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.«

B – *EU-ret*

5. I 20. betragtning til direktiv 2000/78 er anført følgende:

»Der bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling samt adgang til uddannelse og instruktion.«

6. Ifølge artikel 2, stk. 2, litra b), i direktiv 2000/78 foreligger der indirekte forskelsbehandling,

»hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

[…]«

7. Artikel 5 med overskriften »Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang« bestemmer følgende:

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

4 — Ratificeret af Den Europæiske Union den 23.12.2010, herefter »FN-konventionen«. Se Rådets afgørelse 2010/48/EF af 26.11.2009 om indgåelse af konventionen (EUT 2010 L 23, s. 35).

C – *National ret*

8. Direktiv 2000/78 blev gennemført i dansk ret ved forskelsbehandlingsloven [5]. I medfør af lovens § 7 er der mulighed for at kræve erstatning fra arbejdsgiveren, hvis forbuddet mod forskelsbehandling overtrædes, eller de nødvendige foranstaltninger ikke træffes.

9. Funktionærloven [6] regulerer retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

10. FL's § 5, stk. 2, der indeholder en særlig bestemmelse om opsigelse af et arbejdsforhold som følge af funktionærens sygdom, har følgende ordlyd:

»Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket. […]«

III – De faktiske omstændigheder og hovedsagerne

11. De foreliggende præjudicielle sager udspringer af to retssager, som Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark (HK) [7] i 2006 anlagde på vegne af Jette Ring og Lone Skouboe Werge med påstand om godtgørelse efter den danske ligebehandlingslov som følge af forskelsbehandling på grund af handicap. Det var i begge ansættelsesaftaler fastsat, at FL's § 5, stk. 2, fandt anvendelse.

A – *Sag C-335/11*

12. Følgende faktiske omstændigheder ligger til grund for Ring-sagen:

13. Jette Ring var fra juli 2000 beskæftiget som medarbejder i kundecentret hos Dansk Almennyttigt Boligselskab (DAB). Fra juni 2005 og frem til opsigelsen i november 2005 var hun i flere perioder fraværende på grund af sygdom. Fraværet udgjorde i alt over 120 dage. I de lægeerklæringer, der var fremlagt i forbindelse med dette fravær, henvistes der først og fremmest til kroniske rygsmerter, der bl.a. skyldtes slidgigtforandringer i lændehvirvlerne, og som kom til udtryk i konstante lændesmerter. Da de behandlende læger gik ud fra, at lændehvirvlerne ville blive stivgjort ved en naturlig sammenvoksning, var der ingen yderligere behandlingsmuligheder. Der blev ikke truffet nogen foranstaltninger, der muligvis kunne lindre Jette Rings smerter i arbejdstiden, såsom anskaffelse af et hæve-/sænkebord til hendes arbejdsplads, og hun blev ikke tilbudt deltidsarbejde, uagtet at DAB principielt tilbød deltidsstillinger.

14. Som følge af det akkumulerede sygefravær blev Jette Ring opsagt med forkortet opsigelsesvarsel efter FL's § 5, stk. 2. Umiddelbart efter afskedigelsen opslog DAB en ledig stilling som deltidsansat i et nærtliggende regionalkontor med en lignende stillingsbeskrivelse. Jette Ring tiltrådte en ny stilling som receptionist ved et andet firma, hvor hun fik stillet et hæve-/sænkebord til rådighed, og hendes faktiske arbejdstid blev fastsat til 20 timer ugentligt. Ansættelsen skete på fuld tid under den danske fleksjobordning med et løntilskud på 50% [8].

5 — Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet.

6 — Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven), herefter »FL«.

7 — O.a.: tysk oversættelse af navnet på fagforbundet.

8 — Fleksjobordningen er en dansk ordning med statslige løntilskud ved beskæftigelse af personer med varigt nedsat arbejdsevne.

B – *Sag C-337/11*

15. Sø- og Handelsretten har oplyst, at de faktiske omstændigheder i Skouboe Werge-sagen er som følger:

16. Lone Skouboe Werge var fra marts 1998 ansat som kontorassistent ved firmaet Pro Display. Efter at hun i december 2003 var involveret i et trafikuheld, hvorved hun pådrog sig en piskesmældsskade og var sygemeldt i tre uger, genoptog hun sin fuldtidsbeskæftigelse hos Pro Display. Da det i slutningen af 2004 blev klart, at Lone Skouboe Werge stadig led under eftervirkningerne af piskesmældet, blev hun deltidssygemeldt i foreløbig fire uger og arbejdede herefter kun ca. fire timer om dagen. I januar 2005 sygemeldte Lone Skouboe Werge sig på fuld tid på grund af vedvarende smerter. Derefter blev hun opsagt med en måneds varsel til fratræden den 31. maj 2005 med henvisning til 120-dagesreglen i FL's § 5, stk. 2.

17. Lone Skouboe Werges lidelse gav sig udslag i forskellige symptomer, navnlig i smerter i nakken med udstråling til skuldrene, problemer med kæben, træthed, koncentrations- og hukommelsesbesvær, formuleringsvanskeligheder, lydoverfølsomhed, lav stresstærskel og svimmelhed. I juni 2006 fik Lone Skouboe Werge tilkendt førtidspension på baggrund af en vurdering af hendes arbejdsevne til ca. otte timer pr. uge i et langsomt tempo. Lone Skouboe Werges mengrad blev desuden ved en afgørelse truffet af Arbejdsskadestyrelsen fastsat til 10% og hendes erhvervsevnetab til 65%.

18. I hovedsagerne indtog HK det standpunkt, at en opsigelse af funktionærerne med forkortet opsigelsesvarsel efter FL's § 5, stk. 2, er udelukket, da dette er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap i direktiv 2000/78. Den forelæggende ret har på denne baggrund rejst spørgsmålet om, hvordan begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 skal defineres.

IV – Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

19. Ved kendelser af 29. juni 2011, indgået til Domstolens Justitskontor den 1. juli 2011, udsatte Sø- og Handelsretten sagerne og forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Vil enhver person, som på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde i en periode, der opfylder kravet til længden af perioden som anført i præmis 45 i Domstolens dom i sag C-13/05 (»Navas«), være omfattet af begrebet »handicap« i direktivets forstand?

b) Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig sygdom, være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?

c) Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret forbigående sygdom, være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?

2) Skal en varig funktionsnedsættelse, som ikke afføder behov for særlige hjælpemidler eller lignende, og som alene eller i det væsentligste består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, anses for et handicap i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Rådets direktiv 2000/78/EF?

3) Er reduktion af arbejdstiden blandt de foranstaltninger, der er omfattet af artikel 5 i Rådets direktiv 2000/78/EF?

4) Er Rådets direktiv 2000/78/EF til hinder for at anvende en national lovbestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver har ret til at opsige en medarbejder med et forkortet varsel, når medarbejderen har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder, over for en medarbejder, der må anses for handicappet i direktivets forstand, når

   a) fraværet er forårsaget af handicappet?

      eller

   b) fraværet skyldes, at arbejdsgiveren ikke har iværksat de foranstaltninger, der under hensyn til de konkrete behov er hensigtsmæssige for at give en person med handicap adgang til at udøve sin beskæftigelse?«

20. Ved kendelse af 4. august 2011 besluttede Domstolens præsident at forene sag C-335/11 og sag C-337/11 med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

21. Ud over parterne i hovedsagen har den danske og den polske regering samt Irland, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen deltaget i den skriftlige og den mundtlige forhandling. Derudover har den belgiske og den græske regering afgivet skriftlige indlæg i sagen.

V – Gennemgang

22. Sø- og Handelsrettens første og andet spørgsmål skal besvares samlet, da de begge vedrører definitionen af begrebet handicap (jf. nedenfor under punkt A). Genstanden for det tredje spørgsmål er arten og omfanget af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren i henhold til artikel 5 i direktiv 2000/78 skal træffe (jf. nedenfor under punkt B). Endelig skal det i relation til det fjerde spørgsmål efterprøves, om bestemmelsen om forkortelse af opsigelsesvarslet som følge af sygefravær udgør en diskriminerende bestemmelse (jf. nedenfor under punkt C).

A – *Det første og det andet spørgsmål*

1. Definition af begrebet handicap

23. Direktiv 2000/78 indeholder ikke nogen definition af begrebet handicap.

24. Domstolen blev allerede i Chacón Navas-sagen anmodet om at give dette begreb en selvstændig EU-retlig definition. Ifølge denne definition omfatter begrebet handicap »en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet« [9]. Derudover skal det være sandsynligt, at begrænsningen er af lang varighed [10].

25. I 2010 – og dermed nogle år efter afsigelsen af Chacón Navas-dommen – ratificerede Den Europæiske Union De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder. I FN-konventionen anføres det først i dennes præambel, at begrebet handicap skal forstås som værende dynamisk, og at forståelsen af begrebet handicap er under stadig udvikling [11]. Konventionens artikel 1

9 — Chacón Navas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 43.

10 — Ibidem, præmis 45.

11 — Jf. også generaladvokat Geelhoed i forslaget til afgørelse i Chacón Navas-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3, punkt 66.

indeholder dernæst en definition af begrebet. Ifølge denne omfatter handicappede »personer med en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hæmme dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre«.

26. Det fremgår af artikel 216, stk. 2, TEUF, at de aftaler, som Unionen indgår, er bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne. De aftaler, som Unionen indgår, er fra tidspunktet for deres ikrafttræden en væsentlig (»integrerende«) del af Unionens retsorden [12]. Derfor skal bestemmelser i den afledte EU-ret i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med Unionens folkeretlige forpligtelser [13].

27. Begrebet handicap som omhandlet i direktiv 2000/78 kan således ikke have et beskyttelsesområde, der er snævrere end det beskyttelsesområde, der er fastsat i FN-konventionen. Ifølge definitionen i FN-konventionen følger hindringen for deltagelse i samfundslivet af et »samspil med forskellige barrierer«. I denne forbindelse kan det i visse sammenhænge vise sig, at definitionen i Chacón Navas-dommen er snævrere end FN-konventionens definition, i hvilket tilfælde den skal fortolkes i overensstemmelse med folkeretten.

28. I de foreliggende sager ligger problemets kerne imidlertid ikke i definitionen af elementet »barrierer«. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig eller forbigående sygdom, kan være omfattet af begrebet handicap. Hverken Chacón Navas-dommens definition eller FN-konventionens ditto giver i sig selv noget svar på den forelæggende rets spørgsmål. Bortset fra kravet om, at begrænsningen skal være af lang varighed, indeholder ingen af definitionerne nemlig udtrykkelige kriterier for en afgrænsning mellem handicap og sygdom.

29. For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål skal jeg derfor i det følgende analysere afgrænsningen mellem sygdom og handicap.

2. Afgrænsningen mellem handicap og sygdom

30. I Chacón Navas-dommen fastslog Domstolen, at arbejdstagere ikke falder ind under direktiv 2000/78's beskyttelsesområde, så snart en sygdom indtræder [14]. Domstolen sondrer således mellem sygdom og handicap. »Sygdom« er nemlig ikke anført i direktivet som et selvstændigt, forbudt forskelsbehandlingskriterium.

31. Domstolen unddrog imidlertid kun »sygdom i sig selv« fra direktivets anvendelsesområde [15]. Det kan ikke udledes af Chacón Navas-dommen, at sygdom som følge af et handicap ikke kan kvalificeres som handicap. Endelig har Domstolen også i sin anden dom vedrørende en handicapbetinget forskelsbehandling præciseret, at det ikke kan udledes af Chacón Navas-dommen, at direktivets saglige anvendelsesområde skal fortolkes indskrænkende [16].

12 — Jf. i denne retning dom af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, præmis 52, af 12.1.2006, sag C-311/04, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, Sml. I, s. 609, præmis 25, af 3.6.2008, sag C-308/06, Intertanku m.fl., Sml. I, s. 4057, præmis 42, af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 307, og af 21.12.2011, sag C-366/10, Air Transport Association of America m.fl., Sml. I, s. 13755 , endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 50.

13 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 52, samt dom af 14.7.1998, sag C-341/92, Bettati, Sml. I, s. 4355, præmis 20, af 9.1.2003, sag C-76/00 P, Petrotub og Republica, Sml. I, s. 79, præmis 57, og af 14.5.2009, sag C-161/08, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely, Sml. I, s. 4075, præmis 38.

14 — Chacón Navas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 46.

15 — Ibidem, præmis 57.

16 — Dom af 17.7.2008, sag C-303/06, Coleman, Sml. I, s. 5603, præmis 46.

32. Navnlig ses det ikke, at direktiv 2000/78 kun omfatter handicap, der er medfødt, eller som skyldes ulykker. At definere direktivets anvendelsesområde med henvisning til årsagen til handicappet ville være vilkårligt og ville dermed være i strid med selve direktivets formål om at sikre ligebehandling.

33. Der skal således sondres mellem sygdom som mulig årsag til funktionsnedsættelsen og funktionsnedsættelse som følge af sygdom. En sygdomsforårsaget varig begrænsning, der fører til en hindring for deltagelse i erhvervslivet, er også omfattet af direktivets beskyttelsesområde.

34. I de foreliggende sager er der tale om fysiske funktionsnedsættelser, der bl.a. giver sig udslag i smerter og stivhed. Afgrænsningen mellem sygdom og handicap er derfor lettere at foretage i disse sager end i den sag, som Amerikas Forenede Staters højesteret skulle afgøre, hvori den fastslog, at også en *symptomløs* HIV-infektion kan udgøre et handicap som omhandlet i Anti-Discrimination Act [17]. Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om en persons lidelser i det konkrete tilfælde udgør en begrænsning.

35. I direktiv 2000/78's ordlyd findes der ingen holdepunkter for at antage, at direktivets anvendelsesområde skulle være begrænset til handicap af en bestemt sværhedsgrad [18]. Da dette spørgsmål imidlertid hverken er blevet rejst af den forelæggende ret eller drøftet mellem procesdeltagerne, skal det ikke afgøres endeligt her.

36. Det er derudover afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et handicap, at begrænsningen er »af lang varighed« [19]. Ifølge FN-konventionen skal der være tale om en »langvarig« [20] funktionsnedsættelse. Jeg ser ingen væsentlig forskel mellem disse to ordvalg.

37. En begrænsning, der skyldes en uhelbredelig sygdom, vil sædvanligvis blive anset for at være af lang varighed. En sygdom, der i princippet er helbredelig, kan imidlertid også strække sig over et så langt tidsrum, indtil fuldstændig helbredelse opnås, at begrænsningen er af lang varighed. Endvidere kan selv en sygdom, der i princippet er helbredelig, også resultere i en langvarig begrænsning. Omvendt gælder ved kroniske sygdomme, at overgangen fra en sygdom (der kan behandles) til en formentlig varig begrænsning, idet sygdommen først senere får karakter af et handicap, kan udgøre en gradvis proces. Først når der foreligger en prognose om en varig begrænsning, kan der være tale om et handicap.

38. Den blotte konstatering af, at en sygdom i sig selv er helbredelig eller uhelbredelig, varig eller forbigående, kan derfor ikke danne grundlag for en definitiv konklusion om, hvorvidt sygdommen senere vil føre til en varig begrænsning.

3. Behov for særlige hjælpemidler

39. Den forelæggende ret har også spurgt, om antagelsen af, at der foreligger et handicap, forudsætter, at der er behov for særlige hjælpemidler, eller om det er tilstrækkeligt, at det ikke længere er muligt for den pågældende person at arbejde på fuld tid.

40. Begrebet handicap som omhandlet i direktivet forudsætter ikke, at der er behov for særlige hjælpemidler.

17 — US Supreme Court, Bragdon v. Abbott, 524 US 624 [1998], § 12102, stk. 1 (A) ADA 1990, fastslog, at der er tale om et handicap, når der foreligger »a physical […] impairment that substantially limits one or more of [an individual's] major life activities«.

18 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har også anerkendt, at en lidelse i form af diabetes mellitus type I, der af de nationale myndigheder blev kvalificeret som ubetydelig, udgør et handicap i relation til beskyttelsen mod forskelsbehandling, jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 30.4.2009, sag 13444/04, Glor mod Schweiz, vedrørende EMRK's artikel 14, hvori en diabeteslidelse blev anset for et handicap.

19 — Chacón Navas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 45.

20 — I den engelske version »long-term […] impairments«, i den franske version »incapacités [durables] durables«.

41. Det fremgår af artikel 5 i direktiv 2000/78, at det først må konstateres, at der foreligger et handicap, før det kommer på tale at træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige. 20. betragtning til direktivet indeholder eksempler på, hvad der kan forstås ved passende foranstaltninger, og det nævnes bl.a., at »arbejdspladsen [skal tilpasses] til en handicappet«. Behovet for særlige tilpasninger og hjælpemidler er altså en *følge* af konstateringen af, at der foreligger et handicap, og ikke en del af definitionen af handicapbegrebet.

42. Af meningen og formålet med direktivet kan det heller ikke udledes, at behovet for særlige hjælpemidler er en del af definitionen af handicap. Handicap i direktivets forstand kan skyldes fysiske, psykiske eller mentale funktionsnedsættelser. Kravet om behov for særlige hjælpemidler synes imidlertid udelukkende at være baseret på en forestilling om en person, der har fysiske funktionsnedsættelser. Såfremt hjælpemidler blev anset for at være et ubetinget led i handicapbegrebet, ville mentale eller psykiske funktionsnedsættelser, der udtrykkeligt henvises til i direktivet, ikke være omfattet, eftersom de som regel ikke kræver hjælpemidler. Et sådant krav ville rent faktisk stille de handicappede, hvis handicap ikke kan afhjælpes eller mildnes ved hjælp af et hjælpemiddel, og som af denne årsag som regel er hårdere ramt end andre, ugunstigt.

43. Det eneste afgørende er derfor, om der foreligger en hindring for, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet.

44. DAB og Pro Display har gjort gældende, at en person kun kan anses for handicappet, hvis vedkommende er fuldstændig udelukket fra erhvervslivet, hvorfor den omstændighed alene, at den pågældendes erhvervsevne er nedsat, ikke er tilstrækkelig til, at vedkommende kan kvalificeres som handicappet. Dette argument er ikke overbevisende. Selv efter almindelig sprogforståelse omfatter sætningen »der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet«, også hindringer, der kun er delvise, og ikke blot en fuldstændig »udelukkelse« fra erhvervslivet.

45. Den antagelse, at denne sætning omfatter personer, som er forhindrede i at deltage i erhvervslivet derved, at de ikke kan arbejde på fuld tid, understøttes også af 17. betragtning til direktivet. I den nævnte betragtning er det anført, at direktivets beskyttelsesområde omfatter en arbejdstager, der i princippet er »kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling«. Formålet med direktivet er derfor netop at beskytte personer, der i princippet kan deltage i erhvervslivet, også selv om det eventuelt kun er i begrænset omfang eller ved hjælp af særlige tilpasninger. Følgelig forudsætter direktivets anvendelighed ikke, at den pågældende person er udelukket fra erhvervslivet.

46. Den foreløbige konklusion må følgelig være, at begrebet handicap omfatter en begrænsning, der bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader hindrer, at den pågældende person kan deltage i erhvervslivet. For definitionen af begrebet handicap er det uden betydning, at funktionsnedsættelsen er forårsaget af en sygdom, idet det eneste afgørende er, om begrænsningen er af lang varighed. Også en langvarig funktionsnedsættelse, der ikke afføder behov for særlige hjælpemidler, og som alene eller i det væsentlige består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, skal anses for et handicap i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2000/78.

B – *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

47. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker Sø- og Handelsretten oplyst, om en reduktion af arbejdstiden kan være omfattet af de rimelige tilpasninger til fordel for handicappede.

48. I artikel 5, første punktum, i direktiv 2000/78 er det fastsat, at der med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, skal foretages tilpasninger i rimeligt omfang. Dette betyder, at arbejdsgiveren skal »træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov«, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse. Arbejdsgiverens forpligtelse bortfalder, hvis foranstaltningerne ville pålægge ham en uforholdsmæssig stor byrde.

49. Formålet med denne bestemmelse er ikke kun at sikre lige*behandling*, men også lige*stilling* af en handicappet person for dermed at gøre det muligt for den pågældende at udøve et erhverv.

50. I artikel 5 i direktiv 2000/78 fastsættes blot, at foranstaltningerne skal være »hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov« for at give en handicappet adgang til beskæftigelse mv.

51. Bestemmelsens indhold belyses dog nærmere i 20. betragtning til direktivet, hvor det er anført, at der skal vedtages »effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling samt adgang til uddannelse og instruktion«.

52. En nedsættelse af arbejdstiden kunne være omfattet af det udtrykkelige eksempel, der er anført dér, nemlig »tilpasning af arbejdsmønstre«. DAB og Pro Display er dog af den opfattelse, at »arbejdsmønstre« netop *ikke* refererer til arbejdstiden, men derimod kun til arbejdsindsatsen og arbejdstempoet eller fordelingen af arbejdsopgaver mellem medarbejderne.

53. Selv hvis man er af den opfattelse, at en nedsættelse af arbejdstiden ikke falder ind under »tilpasning af arbejdsmønstre«, er en sådan nedsættelse efter min opfattelse omfattet af direktivets artikel 5.

54. Det fremgår nemlig ikke mindst af ordlyden af 20. betragtning til direktivet, at bestemmelsen blot nævner nogle eksempler og dermed ikke skal forstås som en udtømmende opregning. Alene af det faktum, at en nedsættelse af arbejdstiden ikke udtrykkeligt er nævnt dér, kan det ikke sluttes, at en sådan nedsættelse ikke er omfattet af direktivets artikel 5.

55. DAB og Pro Display har også henvist til, at begrebet arbejdstid ikke er nævnt i direktivet, og at det heller ikke behandles i direktivets forarbejder. De har endvidere anført, at begrebet nedsættelse af arbejdstiden er så snævert forbundet med deltidsdirektivet[21], at påstande i denne forbindelse alene skal bedømmes efter sidstnævnte direktiv.

56. EU-lovgiver har imidlertid valgt en vid formulering af ordlyden af direktivets artikel 5. Bestemmelsen henviser i almindelighed til foranstaltninger, som gør det muligt at give handicappede adgang til beskæftigelse. En nedsættelse af arbejdstiden kan uden tvivl være egnet til at give en handicappet adgang til at udøve en beskæftigelse.

57. 20. betragtning til direktivet giver i denne forbindelse også støtte til en vid forståelse af direktivets artikel 5. Det følger nemlig heraf, at det i modsætning til DAB's og Pro Displays opfattelse ikke kun er fysiske, men også organisatoriske foranstaltninger, der er omfattet. Udtrykkene »ved at indrette lokaler« eller »tilpasse udstyr« tager sigte på fjernelse af alle fysiske barrierer, hvorimod der med udtrykket »tilpasse arbejdsmønstre, opgavefordeling samt adgang til uddannelse og instruktion« refereres til foranstaltninger af organisatorisk karakter. Dette er navnlig i overensstemmelse med forståelsen af begrebet handicap i FN-konventionen, hvorefter ikke blot fysiske barrierer, men også andre barrierer, navnlig samfundsmæssige, er relevante for så vidt angår begrænsninger.

21 — Rådets direktiv 97/81/EØF af 15.12.1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 14, s. 9).

58. Meningen og formålet med direktiv 2000/78 taler også for, at deltidsbeskæftigelse er omfattet. I direktivet stilles der krav om individuelt afstemte foranstaltninger med henblik på ligestilling og dermed en forbedret deltagelse af handicappede i erhvervslivet [22]. Det afgørende må derfor være, om en bestemt foranstaltning kan føre til, at en handicappet kan få adgang til et erhverv, eller at vedkommende fortsat kan udøve sit erhverv. På denne baggrund er det klart i overensstemmelse med direktivets mening og formål, at handicappede arbejdstagere, der i det mindste kan arbejde på deltid, ikke fuldstændigt udelukkes fra arbejdsmarkedet, men derimod i kraft af et tilbud om deltidsbeskæftigelse sikres adgang til en passende deltagelse i erhvervslivet. Der er ingen holdepunkter for at antage, at der efter direktivet kun stilles krav om iværksættelse af foranstaltninger såsom installation af en elevator eller rullestolstilpassede toiletter – hvilket også kan være kompliceret og omkostningskrævende – hvorimod en nedsættelse af arbejdstiden ikke kan være omfattet.

59. DAB's og Pro Displays indvending om, at en deltidsbeskæftigelse efter omstændighederne kan udgøre et vidtgående indgreb i retsforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager og medføre en byrde for arbejdsgiveren, kan ganske vist ikke umiddelbart afvises. Dette gælder imidlertid ligeledes for det anførte eksempel om tilpasning af lokalerne. Af denne grund er arbejdsgiverens forpligtelse i henhold til direktivets artikel 5, andet punktum, underlagt en betingelse om, at foranstaltningerne ikke må pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde. For så vidt stilles der efter direktivet krav om en rimelig afvejning mellem den handicappede arbejdstagers interesse i støtteforanstaltninger og arbejdsgiverens interesse i ikke uden videre at skulle tåle indgreb i hans virksomhedsorganisation og økonomiske byrder.

60. Den foreløbige konklusion må følgelig være, at en nedsættelse af arbejdstiden kan indgå i de foranstaltninger, der er omfattet af artikel 5 i direktiv 2000/78. Det påhviler den nationale ret i det konkrete tilfælde at afgøre, om en sådan foranstaltning fører til en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

C – *Det fjerde præjudicielle spørgsmål*

1. Første del af det fjerde spørgsmål

61. Med den første del af det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker Sø- og Handelsretten oplyst, om en national retsforskrift, der giver adgang til opsigelse med et forkortet varsel ved sygdomsbetinget fravær, er i strid med direktiv 2000/78, for så vidt som den også anvendes i tilfælde, hvor fraværet er forårsaget af handicappet.

62. I henhold til artikel 1 i direktiv 2000/78, sammenholdt med samme direktivs artikel 2, stk. 2, er direkte og indirekte forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af handicap forbudt. I henhold til sidstnævnte bestemmelse foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person på grund af et handicap behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation. Der foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med et handicap særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre dette kan begrundes objektivt. Det saglige anvendelsesområde for direktivet omfatter i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1, litra c), udtrykkeligt afskedigelsesvilkår. I det følgende skal det derfor efterprøves, om det forkortede opsigelsesvarsel har karakter af en direkte eller indirekte forskelsbehandling, og i givet fald om den kan begrundes objektivt.

22 — Jf. 8., 9., 11. og 16. betragtning til direktiv 2000/78.

a) Forskelsbehandling

63. Jeg vil dog først præcisere genstanden for prøvelsen: Den forelæggende ret har kun spurgt om, hvorvidt den bestemmelse, hvorved det forkortede opsigelsesvarsel ved fravær på grund af sygdom er fastsat, er i overensstemmelse med EU-retten.

64. Henset til sagens faktiske omstændigheder kunne man rejse et andet spørgsmål, nemlig om, hvorvidt fravær, der er forbundet med et handicap eller handicapbetinget sygdom, overhovedet kan udgøre en lovlig opsigelsesgrund. Domstolen har allerede fastslået, at direktivet er til hinder for en opsigelse, hvis den, henset til arbejdsgiverens forpligtelse til at foretage rimelige tilpasninger, ikke er berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med sin stilling [23]. Heraf kunne det modsætningsvis sluttes, at en opsigelse er lovlig, hvis de nødvendige tilpasninger af arbejdspladsen ville pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde, eller arbejdstageren på grund af sit fravær ikke er disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med stillingen. Efter min opfattelse har Domstolen imidlertid endnu ikke med denne afgørelse endeligt afgjort spørgsmålet om, hvorvidt en opsigelse på grund af handicapbetinget sygdomsfravær er lovlig. I besvarelse af det forelagte spørgsmål vil jeg imidlertid i det følgende udelukkende beskæftige mig med det forkortede opsigelsesvarsel.

65. Når en handicappet arbejdstager er fraværende på grund af en »almindelig« sygdom, fører en hensyntagen til sygdomsperioderne med henblik på en forkortelse af opsigelsesvarslet ikke til, at denne arbejdstager stilles mindre gunstigt end en arbejdstager uden handicap. Sandsynligheden for at blive syg af eksempelvis influenza har nemlig som regel ingen sammenhæng med handicappet og berører arbejdstagere med og uden handicap i lige grad.

66. I dette tilfælde er der imidlertid tale om fravær, der skyldes et handicap. FL's § 5, stk. 2, er ved første øjekast neutral, da den vedrører alle arbejdstagere, der har været fraværende på grund af sygdom i mere end 120 dage. Den fører derfor ikke til en direkte forskelsbehandling af handicappede, da bestemmelsen ikke direkte anvender det forbudte differentieringskriterium, dvs. handicap, og ikke indebærer en ulige behandling på grund af et kriterium, der er uløseligt forbundet med handicap. Et handicap fører nemlig ikke altid nødvendigvis til sygdomme eller sygefravær, hvorfor man ikke kan tale om en uløselig forbundethed.

67. Der foreligger imidlertid her en indirekte forskelsbehandling. I det omfang sygdommen hænger sammen med et handicap, bliver ulige situationer nemlig behandlet ens. Handicappede arbejdstagere har generelt en betydelig højere risiko for at blive syge af en sygdom, der har sammenhæng med deres respektive handicap, end en arbejdstager, der ikke er handicappet. Sidstnævnte kan kun blive ramt af en »almindelig« sygdom. Handicappede arbejdstagere kan imidlertid blive ramt af en »almindelig« sygdom såvel som en sygdom, der har sammenhæng med deres handicap. Bestemmelsen om forkortet opsigelsesvarsel er dermed en bestemmelse, der indirekte stiller handicappede arbejdstagere ugunstigt sammenlignet med arbejdstagere, der ikke er handicappet.

68. Visse procesdeltageres indvending om, at det på grund af arbejdsstagernes ret til ikke at skulle angive arten af deres sygdom ikke er praktisk muligt at foretage en sondring mellem »almindelige« sygdomme og sygdomme, der skyldes et handicap, er ikke overbevisende. Der er nemlig forskellige måder at løse dette på, f.eks. ved henvendelse til en læge.

23 — Chacón Navas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 51.

b) Berettigelse

69. Det fremgår af direktivets artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), at en bestemmelse som FL's § 5, stk. 2, er begrundet, hvis den forfølger et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Denne formulering indeholder de almindelige EU-retlige krav til berettigelse af en forskelsbehandling [24].

70. Bestemmelsen skal således være egnet til at nå et legitimt mål. Den skal derudover være nødvendig, dvs. at det tilsigtede legitime mål ikke må kunne opnås ved et mindre indgribende middel, der er lige egnet. Endelig skal bestemmelsen også være forholdsmæssig i snæver forstand, dvs. at den ikke må forårsage byrder, der ikke står i et rimeligt forhold til de tilsigtede mål [25].

71. Ved prøvelsen af disse kriterier skal der tages hensyn til, at det i retspraksis er anerkendt, at medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin ved valget af foranstaltninger til opnåelse af de mål, som de ønsker at forfølge på området for arbejds- og socialpolitik [26].

72. Forelæggelsesafgørelsen indeholder ingen oplysninger om, hvilke mål der forfølges med FL's § 5, stk. 2, hvilket gør det vanskeligt at bedømme spørgsmålet. Det tilkommer derfor den forelæggende ret at foretage den endelige bedømmelse af, om den omtvistede bestemmelse er berettiget.

73. Den danske regering har anført, at det med FL's § 5, stk. 2, forsøges at opnå en rimelig balance mellem arbejdsgivernes og arbejdstagernes interesser i tilfælde af langvarigt sygefravær. I sidste ende tjener bestemmelsen dog navnlig arbejdstagernes interesser. I kraft af det forkortede opsigelsesvarsel i tilfælde af langvarigt sygefravær skabes der et incitament for arbejdsgiveren til ikke at opsige en syg arbejdstager på det tidligst mulige tidspunkt, men til således fortsat at beskæftige den pågældende, fordi arbejdsgiveren ved, at opsigelsesvarslet ved sygefravær af meget lang varighed så til gengæld er forkortet.

74. Disse mål er legitime, og bestemmelsen er, henset til medlemsstaternes skønsmargin, heller ikke åbenbart uegnet [27] til at nå dem. En alternativ, mindre indgribende, foranstaltning ville skulle kunne indføjes i den øvrige arbejdsretlige ordning. Uden yderligere oplysninger er det derfor svært at vurdere, om en sådan foranstaltning kan komme på tale.

75. Det afgørende er, om de ulemper for handicappede arbejdstagere, der opstår som følge af det forkortede opsigelsesvarsel i sin nuværende form, står i et rimeligt forhold til de tilsigtede mål, med andre ord om de har ugrundet modsat virkning for de berørte personer. Dette indebærer, at der skal findes en rimelig balance mellem de forskellige modsatrettede interesser [28]. Spørgsmålet er, om en hensigtsmæssig bestemmelse ikke også burde tage hensyn til handicappets sværhedsgrad og den berørte arbejdstagers muligheder for at opnå ny ansættelse. Jo sværere handicap og jo sværere det bliver at finde anden beskæftigelse, desto vigtigere er længden af opsigelsesvarslet for arbejdstageren. Det tilkommer den nationale ret at foretage en nærmere bedømmelse heraf.

24 — Jf. herom mit forslag til afgørelse af 12.7.2001, sag C-499/08, Andersen, Sml. I, s. 9343, punkt 42.

25 — Dom af 12.7.2001, sag C-189/01, Jippes m.fl., Sml. I, s. 5689, præmis 81, af 7.7.2009, sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, præmis 41, og af 8.7.2010, sag C-343/09, Afton Chemical, Sml. I, s. 7023, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

26 — Jf. på området for forskelsbehandling på grund af alder dom af 16.10.2007, sag C-411/05, Palacios de la Villa, Sml. I, s. 8531, præmis 68, og af 12.10.2010, sag C-45/09, Rosenbladt, Sml. I, s. 9391, præmis 41.

27 — Jf. herved Palacios de la Villa-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 72, og dom af 12.1.2010, sag C-341/08, Petersen, Sml. I, s. 47, præmis 70.

28 — Jf. herved mit forslag til afgørelse i Andersen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 24, punkt 68, og mit forslag til afgørelse af 2.10.2012, sag C-286/12, Kommissionen mod Ungarn, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 78.

76. Som konklusion må svaret på første del af det fjerde præjudicielle spørgsmål derfor være, at direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver kan opsige en arbejdstager med forkortet opsigelsesvarsel på grund af sygefravær, når sygdommen skyldes handicappet. Dette gælder ikke, når forskelsbehandlingen er objektivt begrundet i et legitimt mål, jf. artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78, og de trufne foranstaltninger til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

2. Anden del af det fjerde præjudicielle spørgsmål

77. Med den anden del af det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret endelig oplyst, om direktiv 2000/78 er til hinder for et forkortet opsigelsesvarsel, når arbejdstagerens fravær skyldes, at arbejdsgiveren ikke har foretaget hensigtsmæssige foranstaltninger efter direktivets artikel 5 med henblik på at give en handicappet person adgang til at udøve sin beskæftigelse.

78. En forholdsmæssighedsvurdering indgår allerede i spørgsmålet om, hvilke foranstaltninger der er hensigtsmæssige i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5. Ved en afvejning mellem den handicappede arbejdstagers interesser og dennes arbejdsgivers interesser skal det i denne forbindelse afgøres, om det kan forlanges, at arbejdsgiveren træffer de pågældende foranstaltninger. Træffer arbejdsgiveren ikke sådanne hensigtsmæssige foranstaltninger, der kan forlanges af ham, opfylder han ikke sine forpligtelser efter direktivets artikel 5, og han må ikke kunne opnå nogen retlig fordel heraf. Forpligtelsen efter artikel 5 i direktiv 2000/78 ville blive tømt for sit indhold, hvis arbejdsgiverens undladelse af at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger kunne berettige forskelsbehandling af en handicappet arbejdstager. Henset til bestemmelsens mening og formål kan arbejdstagerens sygefravær, der skyldes arbejdsgiverens undladelse af at træffe en sådan foranstaltning, ikke berettige et forkortet opsigelsesvarsel.

79. Anvendelsen af et forkortet opsigelsesvarsel som følge af fravær fra arbejdstagerens side, der skyldtes, at arbejdsgiveren ikke traf hensigtsmæssige foranstaltninger i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2000/78, udgør en uberettiget forskelsbehandling.

VI – Forslag til afgørelse

80. Herefter foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål således:

»1) a) Begrebet handicap som omhandlet i direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv omfatter en begrænsning, der bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader hindrer, at den pågældende person kan deltage i erhvervslivet.

b) For definitionen af begrebet handicap er det uden betydning, at funktionsnedsættelsen er forårsaget af en sygdom, idet det eneste afgørende er, om begrænsningen er af lang varighed.

c) Også en langvarig funktionsnedsættelse, der ikke afføder behov for særlige hjælpemidler, og som alene eller i det væsentlige består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, skal anses for et handicap i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2000/78.

2) En nedsættelse af arbejdstiden kan indgå i de foranstaltninger, der er omfattet af artikel 5 i direktiv 2000/78. Det påhviler den nationale ret i det konkrete tilfælde at afgøre, om en sådan foranstaltning fører til en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

3) Direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver kan opsige en arbejdstager med forkortet opsigelsesvarsel på grund af sygefravær, når sygdommen skyldes handicappet. Dette gælder ikke, når forskelsbehandlingen er objektivt begrundet i et legitimt mål, jf. artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78, og de trufne foranstaltninger til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Anvendelsen af et forkortet opsigelsesvarsel som følge af fravær fra arbejdstagerens side, der skyldtes, at arbejdsgiveren ikke traf hensigtsmæssige foranstaltninger i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2000/78, udgør en uberettiget forskelsbehandling.«