CHACÓN NAVAS

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 16. marts 2006 [1]

I — Indledning

1. Det er anden gang [2], der stilles spørgsmål om fortolkningen af et bestemt begreb i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [3] (herefter »direktivet« eller »direktiv 2000/78«) [4].

2. Dette direktiv forbyder direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af en række forhold, bl.a. handicap. Den foreliggende sag vedrører fortolkningen af begrebet »handicap«. Dette begreb er ikke defineret i direktivet. Spørgsmålet stilles i en sag, hvor en syg arbejdstager blev afskediget, mens vedkommende var på sygeorlov. Konkret spørges der om, hvorvidt sygdom kan anses for et handicap ifølge direktivet, og hvis dette ikke er tilfældet, om en forskelsbehandling på grund af sygdom under alle omstændigheder er omfattet af direktivet.

II — Relevante bestemmelser

A — *Fællesskabsretten*

3. Artikel 13, stk. 1, EF lyder således:

»Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — Domstolen udtalte sig om dette direktiv i dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981.

3 — EFT L 303, s. 16.

4 — Dette direktiv er også genstand for traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt mod en række medlemsstater som følge af, at de ikke har gennemført direktivet inden for fristen. Den første dom, der er afsagt i denne række af traktatbrudssager, er dom af 20.10.2005, sag C-70/05, Kommissionen mod Luxembourg, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser. Mangold-dommen (fodnote 2) drejede sig om, hvorvidt ulige behandling på grund af alder var berettiget i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

4. Direktiv 2000/78 blev udstedt med hjemmel i artikel 13 EF. I henhold til direktivets artikel 1 er formålet med dette direktiv, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

5. 17. betragtning til direktivet lyder således:

»Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.«

6. Direktivets artikel 3 bestemmer følgende:

»1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

[...]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn«

7. Direktivets artikel 5 lyder således:

»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.«

8. I fjerde betragtning til Rådets henstilling 86/379/EØF af 24. juli 1986 om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet [5] anføres følgende:

»[...] ved »handicappede« forstås i denne henstilling alle personer med alvorlige han-

5 — EFT L 225, s. 43.

dicaps, som skyldes en fysisk, mental eller psykologisk funktionshæmning«.

9. Punkt 26 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder af 9. december 1989 lyder således:

»Enhver handicappet person skal — uanset årsagen til eller arten af handicappet — være berettiget til konkrete supplerende foranstaltninger med henblik på erhvervsmæssig og samfundsmæssig integration.

Disse hjælpeforanstaltninger skal — alt efter de pågældendes muligheder — navnlig omfatte erhvervsuddannelse, ergonomi, adgangsmuligheder, mobilitet, transportmidler og bolig.«

B — *National ret*

10. I henhold til den spanske grundlovs artikel 14 er alle spaniere lige for loven; der må ikke forskelsbehandles på grund af afstamning, race, køn, religion, livsanskuelse eller andre personlige eller sociale betingelser eller forhold.

11. De grundlæggende regler om arbejdsforhold findes i Estatuto de los Trabajadores (herefter »statutten«). Statuttens artikel 55, stk. 3, nævner de forskellige former for afskedigelse: berettiget, uberettiget eller ugyldig afskedigelse.

12. I henhold til artikel 55, stk. 4, er en afskedigelse uberettiget, når der ikke er ført bevis for, at arbejdstageren ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler ham i henhold til kontrakten, eller når de lovbestemte formkrav ikke er opfyldt.

13. I henhold til artikel 55, stk. 5, er afskedigelse på grund af en af de ved grundloven eller ved lov forbudte former for forskelsbehandling eller i strid med arbejdstagerens grundlæggende rettigheder og friheder, ugyldig.

14. Det fremgår af statuttens artikel 55, stk. 6, at den omstændighed, at en afskedigelse er ugyldig, medfører, at arbejdstageren omgående skal genindsættes i sin stilling, samtidig med at ikke-betalt løn skal udbetales.

15. Følgerne af en uberettiget afskedigelse fremgår af statuttens artikel 56. I henhold til denne bestemmelse medfører en uberettiget afskedigelse, at arbejdstageren mister sit arbejde, men modtager en godtgørelse, medmindre arbejdsgiveren vælger at genindsætte ham i stillingen.

16. Statuttens artikel 17, stk. 1, blev ændret ved lov nr. 62/03, der gennemførte direktiv 2000/78 i national ret, og som trådte i kraft den 1. januar 2004. Den nuværende affattelse af statuttens artikel 17, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Administrative bestemmelser, bestemmelser i kollektive overenskomster, individuelle aftaler og ensidige beslutninger truffet af arbejdsgiveren, der indebærer direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af alder eller handicap, eller positiv eller negativ forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse samt løn, arbejdstid og øvrige arbejdsbetingelser på grundlag af køn, oprindelse, herunder race eller etnisk oprindelse, civilstand eller social stilling, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, medlemskab af fagforening og tilslutning til faglige aftaler eller mangel på samme, slægtskabsforhold til andre arbejdstagere i samme virksomhed og sprog inden for den spanske stat, anses for ugyldige og har ingen retsvirkning.

[...]«

17. Sidstnævnte bestemmelse definerer og præciserer princippet om, at alle er lige for loven, og forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med beskæftigelsesforhold, der er opstillet i spansk ret og forankret i den spanske grundlovs artikel 14.

III — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A — *Sagens baggrund*

18. Sagsøgeren, Sonia Chacón Navas, har arbejdet for Eurest Colectividades SA (herefter »Eurest«), en virksomhed, der er specialiseret i catering. Hun har været på sygeorlov siden den 14. oktober 2003 og modtager en ydelse som følge af midlertidig uarbejdsdygtighed.

19. Den 28. maj 2004 meddelte Eurest hende uden angivelse af grunde skriftligt, at hun var opsagt pr. 31. maj 2004. I opsigelsesskrivelsen anerkender Eurest, at afskedigelsen er uberettiget i henhold til statuttens artikel 56 og tilbyder derfor en godtgørelse i anledning af afskedigelsen.

20. Sonia Chacón Navas var ikke indforstået med afskedigelsen og anfægtede den ad rettens vej. I sin stævning af 29. juni 2004 har hun fremført, at afskedigelsen er ugyldig, da den er udtryk for forskelsbehandling, idet hun havde været sygemeldt i otte måneder og havde været midlertidigt uarbejdsdygtig. Hun har nedlagt påstand om, at hun skal genindsættes i den samme stilling.

21. Under domsforhandlingen den 16. september 2004 gjorde Eurest gældende, at Sonia Chacón Navas ikke har anført ét eneste bevis på, at der er tale om en forskelsbehandling og en krænkelse af grundlæggende rettigheder. Sonia Chacón Navas gentog sit anbringende fra stævningen: Hun har været på sygeorlov siden den 14. oktober 2003 (det fremgår af sagens akter, at hun venter på en operation) og mener, at der er tilstrækkelige tegn på, at afskedigelsen er diskriminerende.

22. Den 21. september anmodede den nationale ret den medicinske inspektionstjeneste om oplysninger om Sonia Chacón Navas' midlertidige uarbejdsdygtighed, navnlig om, på hvilken dato hun blev sygemeldt, og om denne tilstand stadig består. Den medicinske inspektionstjeneste svarede herpå den 11. november 2004 og angav, at Sonia Chacón Navas havde været sygemeldt siden den 14. oktober 2003, og at det ikke kunne påregnes, at hun ville genoptage arbejdet inden for kort tid.

23. Da Sonia Chacón Navas har gjort gældende, at hun blev afskediget under sin sygeorlov, og at hendes arbejdsgiver hverken har påberåbt sig eller bevist omstændigheder, som kan godtgøre, at det var berettiget at afskedige hende, hvilket har medført pålæggelse af omvendt bevisbyrde, er den forelæggende ret kommet til den konklusion, at Sonia Chacón Navas blev afskediget alene af den grund, at hun var på sygeorlov.

24. Den forelæggende ret har henvist til, at denne form for afskedigelse i henhold til spansk retspraksis kvalificeres som uberettiget, men ikke ugyldig. Dette fremgår af dom af 29. januar 2001 fra Tribunal Supremo, der senere er blevet tiltrådt af alle de forskellige højeste retsinstanser. Dette skyldes, at spansk ret ikke opstiller nogen udtrykkelig regel om, at den personlige omstændighed »sygdom« kan anføres som relevant for at forhindre forskelsbehandling på dette punkt og gøre det obligatorisk at anvende forbuddet mod forskelsbehandling mellem private.

25. Den forelæggende ret anser det for muligt, at der kan udledes en retsbeskyttelse af primær eller sekundær fællesskabsret, især direktiv 2000/78.

26. Den forelæggende ret spørger, om der er en sammenhæng mellem »handicap« og »sygdom«. Efter rettens opfattelse kan man anvende Verdenssundhedsorganisationens International Classification of Functioning, Disability and Health (herefter »ICF«). Heri defineres handicap som et generelt begreb, der omfatter funktionsnedsættelser, begrænsninger af en persons aktivitet og muligheder for at deltage i det sociale liv som udtryk for de negative aspekter ved samspillet mellem en persons helbredstilstand og de omgivende, personlige og miljømæssige faktorer.

27. Den forelæggende ret har henvist til, at sygdom er en helbredstilstand, der kan skabe funktionsnedsættelser, der hindrer vedkom-

mende i fysisk henseende. En arbejdstager må i henhold til forbuddet mod forskelsbehandling også kunne beskyttes på grund af handicap, så snart sygdommen er konstateret. Da en sygdom kan medføre et handicap, ville en modsat opfattelse i vidt omfang kunne ødelægge den beskyttelse, som lovgiver tilstræber, og fremme ukontrolleret diskriminering.

28. For det tilfælde, at sygdom og handicap måtte anses for forskellige begreber, og direktiv 2000/78 derfor ikke kan anvendes for så vidt angår sygdom, spørger den forelæggende ret, om direktivet ud over at beskytte den i direktivet nævnte personlige omstændighed »handicap« også kan omfatte den personlige omstændighed »sygdom«.

B — *De præjudicielle spørgsmål*

29. Da der er tvivl om, hvad der er den korrekte fortolkning, har Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid (Spanien) besluttet at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er en arbejdstager, der er blevet afskediget af sin virksomhed alene på grund af sygdom, omfattet af den beskyttelse, der følger af direktiv 2000/78, som i henhold til artikel 1 fastlægger en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap?

2) Såfremt det lægges til grund, at sygdomstilfælde ikke er omfattet af det forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, der følger af direktiv 2000/78, og det første spørgsmål følgelig besvares benægtende, ønskes følgende subsidiære spørgsmål besvaret: Kan sygdom anses for en personlig omstændighed, der sidestilles med de omstændigheder, som er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78?«

C — *Sagsforløbet for Domstolen*

30. Eurest, den tyske, nederlandske, østrigske, spanske og tjekkiske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i sagen.

IV — Bedømmelse

A — *Formaliteten*

31. I deres skriftlige indlæg har Eurest og Kommissionen fremført, at der er grund til at afvise den forelæggende rets spørgsmål fra realitetsbehandling.

32. Ifølge Eurest skal spørgsmålene afvises fra realitetsbehandling, da Tribunal Supremo allerede tidligere har fastslået, at det ikke i sig selv udgør en forbudt forskelsbehandling at afskedige en sygemeldt arbejdstager.

Kommissionen tvivler på, at spørgsmålene kan antages til realitetsbehandling, da der er så store huller i forelæggelseskendelsens beskrivelse af de faktiske omstændigheder, at det ikke er muligt at besvare spørgsmålene så præcist, som det er nødvendigt for at kunne træffe en afgørelse i hovedsagen. Kendelsen indeholder navnlig ikke nogen form nogen angivelser af, hvilken slags sygdom der er tale om, og om sygdommens — forventede — forløb; det er derfor på forhånd umuligt at fastslå, om der i det foreliggende tilfælde kan tales om et »handicap«.

33. Eurests argument mod at antage sagen til realitetsbehandling er efter min opfattelse ikke holdbart. Den omstændighed, at Tribunal Supremo har fastslået, at en afskedigelse på grund af sygdom ikke kan anses for et forhold, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, kan ikke medføre, at spørgsmålene skal afvises fra realitetsbehandling. De vedrører konkret rækkevidden af dette forbud mod forskelsbehandling, sådan som det er udformet i direktiv 2000/78. Hvis forbuddet også omfatter — langvarig — sygdom, kan dette have konsekvenser for fortolkningen og anvendelsen af den relevante spanske lovgivning på de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

34. Ved første øjekast synes Kommissionens argument at veje tungest. Beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i forelæggelseskendelsen, især af, hvilken form, alvor og varighed, Sonia Chacón Navas' sygdom har, er meget kortfattet. En undersøgelse af akterne i hovedsagen som den, Kommissionen har foretaget, giver ikke mange flere holdepunkter for så vidt angår de faktiske omstændigheder.

35. Alligevel fremgår det efter min opfattelse tilstrækkelig tydeligt af begrundelsen i forelæggelseskendelsen, hvorfor den forelæggende ret har brug for nærmere oplysninger for at kunne anvende forbuddet i direktiv 2000/78 mod forskelsbehandling på grund af handicap på de faktiske omstændigheder i den sag, retten skal træffe afgørelse om.

Da en ulovlig afskedigelse på grund af sygdom og en ulovlig afskedigelse på grund af handicap har meget forskellige konsekvenser i spansk arbejdsret — i førstnævnte tilfælde er afskedigelsen uberettiget og forbundet med en godtgørelse til den berørte arbejdstager; i sidstnævnte tilfælde er afskedigelsen ugyldig, hvilket medfører, at arbejdstageren omgående skal genindsættes i sin stilling, samtidig med, at den løn, der skyldes, skal udbetales — er den fortolkning af rækkevidden af det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, der anmodes om, uden tvivl relevant ved afgørelsen af hovedsagen.

36. Det kan i øvrigt udledes af den omstændighed, at seks medlemsstater har indgivet skriftlige indlæg med et indhold, der behandler den særlige kontekst i denne retssag, at forelæggelseskendelsen har givet disse medlemsstater tilstrækkelige holdepunkter. Forelæggelseskendelsens ordlyd hindrer åbenbart heller ikke Kommissionen i at give en saglig besvarelse af spørgsmålene.

37. Jeg fastslår derfor, at der ikke er nogen holdbare argumenter for at afvise de pågældende præjudicielle spørgsmål fra realitetsbehandling.

B — *Indledende bemærkninger*

1. Artikel 13 EF som hjemmel for direktiv 2000/78

38. I forelæggelseskendelsen henvises der ikke blot til 13 EF som hjemmel for direktiv 2000/78, men derimod også til artikel 136 EF og 137 EF. Den forelæggende ret mener således tilsyneladende, at sidstnævnte bestemmelser også har betydning for besvarelsen af de stillede spørgsmål.

39. Det er efter min opfattelse ikke rigtigt. I henhold til ordlyden af betragtningerne til direktivet er hjemmelen for direktiv 2000/78 udelukkende artikel 13 EF.

40. Artikel 13 EF blev indsat i EF-traktaten ved Amsterdam-traktaten. Denne bestemmelse giver Fællesskabet kompetence til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

41. Formuleringen »med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser« viser, at artikel 13 EF har en subsidiær karakter. Den viser også, at ingen andre traktatbestemmelser kan komme i betragtning som hjemmel til foranstaltninger, der skal træffes i henhold til artikel 13 EF.

42. Hvad nærmere angår beskyttelse af handicappede på arbejdsmarkedet kan der også findes en hjemmel i artikel 137 EF, der bemyndiger Fællesskabet til at støtte og supplere medlemsstaternes indsats, bl.a. ved bekæmpelse af social udstødelse [artikel 137, stk. 1, litra j), EF].

43. Men denne hjemmel har en anden karakter end artikel 13 EF. Den skaber det retlige grundlag for en yderligere tilnærmelse af dele af medlemsstaternes socialpolitik.

Artikel 137 EF's personlige og saglige anvendelsesområde er dermed større end anvendelsesområdet for artikel 13 EF, da artikel 137 EF også gælder for andre grupper, der er »udelukket«, end dem, der nævnes i artikel 13 EF, og også kan have andre formål end et blot og bart forbud mod forskelsbehandling.

44. De forskellige formål kommer også til udtryk i de former for foranstaltninger, der kan iværksættes på grundlag af artikel 137, stk. 1, litra j), EF. Der kan f.eks. være tale om særlige tilskyndelses- og beskyttelsesforanstaltninger med henblik på ophør af bestemte former for udstødelse, som medlemsstaterne skal indføre i national ret. Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, sådan som dette er forankret i artikel 13 EF og udformet i direktiv 2000/78, indeholder en generel kvalitativ forhåndsbetingelse, som medlemsstaterne skal overholde i forbindelse med deres lovgivning og afgørelser om beskæftigelse og erhverv med hensyn til handicappede, og som også gælder i det horisontale forhold mellem arbejdsgivere og arbejdstagere på arbejdsmarkedet.

45. Valget af artikel 13 EF som eneste hjemmel for et generelt forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap er følgelig korrekt. De stillede spørgsmål skal derfor besvares set i lyset af ordlyden af og formålet med denne bestemmelse.

2. Fortolkning af artikel 13 EF og direktiv 2000/78

46. Tilblivelseshistorien bag og ordlyden af artikel 13 EF viser, at traktatgiver var tilbageholdende ved udarbejdelsen af denne supplerende antidiskriminationsbestemmelse. Efter indgåelsen af Amsterdam-traktaten blev de oprindelige idéer om en sådan bestemmelse indskrænket mere og mere [6].

47. Denne tilbageholdenhed kommer til udtryk i artikel 13 EF's ordlyd.

Bestemmelsen indeholder for det første blot en hjemmel til at træffe »hensigtsmæssige foranstaltninger«.

For det andet er opregningen af de grunde, hvorefter en forskelsbehandling er forbudt, udtømmende. Derved adskiller bestemmelsen sig fra klassiske internationale menneskerettighedskonventioner og f.eks. også artikel II-81 i forfatningstraktaten, hvor kataloget over de forhold, ved hvilke en

6 — Jf. bl.a. M. Bell og L. Waddington, »The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article«, 25 *Industrial Law Journal* (1996), s. 320-326, R. Barents, *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer 1997, s. 40-43, og Olivier de Schutter, »Les droits fondamentaux das le Traité d'Amsterdam«, i Yves Lejeune (udgiver), *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles 1999, s. 154-188, på s. 184-187.

forskelsbehandling er forbudt, blot indeholder eksempler.

Den tredje begrænsning skyldes den subsidiære karakter, der allerede er omtalt ovenfor.

For det fjerde kræves det for at kunne anvende artikel 13 EF, at den påtænkte foranstaltning holder sig »inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet«.

48. Efter min opfattelse taler meget stærke argumenter for i forbindelse med fortolkningen af artikel 13 EF og de »hensigtsmæssige foranstaltninger«, der er truffet på grundlag heraf, som i det foreliggende tilfælde direktiv 2000/78, at tage hensyn til de definitioner og afgrænsninger, der er fastlagt i denne bestemmelse. De er forholdsvis aktuelle og afspejler den udtrykkelige vilje, som traktatens fædre og fællesskabslovgiver har haft.

49. Ud over disse argumenter, der bygger traktatens tilblivelseshistorie og den sproglige udformning, taler også indholdsmæssige argumenter imod en bred fortolkning.

50. Genstanden for nogle af de forbud mod forskelsbehandling, der er anført i artikel 13 EF, f.eks. forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder eller handicap, medfører, at konstateringen af en forbudt formel forskelsbehandling altid på den anden side indebærer et materielt krav på lighed hvad angår adgang til eller udøvelse af beskæftigelse eller erhverv, ens arbejdsvilkår, adgang til en særlig uddannelse eller foranstaltninger, der udligner eller lindrer indskrænkninger på grund af alder eller handicap. Med henblik på de mulige vidtrækkende økonomiske og finansielle konsekvenser, som sådanne forbud mod forskelsbehandling kan have på de horisontale forhold mellem borgerne og de vertikale forhold mellem myndigheder og de berørte borgere, plejer den nationale lovgiver at beskrive omfanget af sådanne forbud mod forskelsbehandling — herunder de lovlige undtagelser og indskrænkninger samt de passende kompensationsforanstaltninger, der skal iværksættes — nøje.

51. De præciseringer, som direktiv 2000/78, navnlig artikel 5 og 6, foretager af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder eller handicap, viser, at fællesskabslovgiver også var opmærksom på de mulige vidtrækkende økonomiske og finansielle konsekvenser.

52. Definitionerne og afgrænsningerne i direktiv 2000/78 bør tages alvorligt, da de

økonomiske og finansielle virkninger af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap først og fremmest optræder på områder, der ganske vist berøres af EF-traktaten, hvor Fællesskabet højst har delvis kompetence og i de fleste tilfælde blot supplerende kompetence. Dette gælder for beskæftigelsespolitikken, hvor Fællesskabet kun har en vis koordinerende kompetence, der er udformet i artikel 125 EF — 130 EF, og for socialpolitikken, hvor Fællesskabet i henhold til artikel 137, stk. 1, første punktum, EF »støtter og supplerer« medlemsstaternes indsats på en række områder. Hvad angår uddannelse og erhvervsuddannelse, artikel 149 EF og 150 EF, som også er relevante områder i denne forbindelse, og folkesundhed, artikel 152 EF, har Fællesskabets beføjelser en lignende supplerende karakter.

53. Heraf udleder jeg, at Domstolen skal respektere de valg, som fællesskabslovgiver har foretaget i gennemførelsesbestemmelserne til artikel 13 EF om definitionen og afgrænsningerne af forbuddet mod forskelsbehandling i saglig og personlig henseende og ikke må udvide dem under henvisning til den almindelige grænse i artikel 13 EF: »inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet«. Der er efter min opfattelse endnu mindre mulighed for at udvide det saglige anvendelsesområde for artikel 13 under henvisning til det generelle princip om ligebehandling.

54. En så bred fortolkning af artikel 13 EF og de bestemmelser, som fællesskabslovgiver har udstedt til gennemførelse af artikel 13 EF, ville medføre, at man så at sige skabte et arkimedisk punkt, ud fra hvilket det i artikel 13 EF definerede forbud mod forskelsbehandling kunne anvendes til, uden at inddrage traktatens forfattere eller fællesskabslovgiver, at korrigere de skøn, som medlemsstaterne har foretaget inden for rammerne af de beføjelser, de — stadig — har. Henset til, at tyngdepunktet af disse beføjelser ifølge EF-traktaten fortsat tilkommer medlemsstaterne, selv om de relevante fællesskabsbeføjelser skal realiseres af fællesskabslovgiver, er dette et uønsket resultat, både set ud fra systematikken i EF-traktaten og hensynet til den institutionelle ligevægt.

55. Der skal desuden henvises til følgende forhold. Den praktiske anvendelse af det relevante forbud mod forskelsbehandling kræver altid, at lovgiver i forbindelse med afvejningen af de hensyn, der er tale om, såsom handicappede eller ældre arbejdstageres rettigheder i forhold til arbejdsmarkedets gnidningsløse funktion eller at ældre i større omfang deltager på arbejdsmarkedet, må træffe smertefulde eller endog tragiske valg. I forbindelse med anvendelsen af dette forbud mod forskelsbehandling er det ofte nødvendigt at foretage en finansiel kompensation, og spørgsmålet, om denne er rimelig, afhænger bl.a. af, hvilke offentlige midler der står til rådighed, og hvordan det generelle velfærdsniveau er i den pågældende medlemsstat. På nationalt plan finder disse afvejninger ikke sted i et retsstatligt vakuum. I reglen efterprøves de også i forhold til de

nationale grundlæggende rettigheder og de relevante bestemmelser i de internationale menneskerettighedskonventioner. Set i lyset heraf skal Domstolen i sin egenskab af Fællesskabets domstol i virkeligheden have et kompetencegrundlag, der er uantasteligt og har højeste rang, hvis den vil korrigere de valg, som en national lovgiver — der i øvrigt handler inden for de beføjelser, der er tilbage — har truffet inden for de nationale forfatningsmæssige og folkeretlige rammer.

56. Sammenfattende mener jeg derfor, at direktiv 2000/78 skal fortolkes og anvendes på tilbageholdende vis, således som Domstolen gjorde det i Mangold-dommen [7]. Dermed foregriber jeg svaret på andet spørgsmål fra den forelæggende ret.

3. Udtrykket »handicap« som fællesskabsretligt begreb

57. Udtrykket »handicap« er et ubestemt retsbegreb, der kan fortolkes på mange forskellige måder i praksis. Den omstændighed, at udtrykket benyttes i artikel 13 EF, der har til formål at forbyde forskelsbehandling på grund af handicap — et forbud, der efterfølgende blev realiseret og udformet i direktiv 2000/78 — betyder, at det er nødvendigt at give udtrykket et fællesskabsretligt indhold.

58. Det er særlig vigtigt, fordi udtrykket »handicap« både som medicinsk-videnskabeligt begreb og i dets sociale betydning er ude i en ret hurtig udvikling. Det kan ikke udelukkes, at bestemte fysiske eller psykiske begrænsninger kan have karakter af »handicap« i visse samfundsmæssige sammenhænge, hvorimod de ikke har det i andre.

59. På den ene side kan den omstændighed, at udtrykket »handicap« har forskellig betydning alt efter, hvilken sammenhæng det bruges i, medføre betydelige forskelle ved fortolkningen og anvendelsen af forbuddet mod forskelsbehandling. Dette taler for en ensartet fortolkning. På den anden side tvinger den kombination af dynamik og variation, som gør sig gældende ved den videnskabelige opfattelse af fænomenet »handicap« og den måde, man opfatter det på i samfundet, til at være varsom ved forsøget på at opnå ensartethed. Jeg vender tilbage til dette senere.

60. I den sociale historie de sidste to århundreder er den gruppe af personer, der anses for handicappet, umiskendeligt blevet større. Dette hænger sammen med den drastiske forbedring af folkesundheden i de samfund, der har en større velstand. Dette medførte, at de, der ikke kunne drage fordel af denne udvikling, fordi de var handicappet af mere eller mindre konstante legemlige eller psykiske lidelser, blev synlige.

61. Udviklingen inden for biomedicinsk videnskab har medført større indsigt i de

7 — Nævnt i fodnote 2.

legemlige og psykiske lidelser, der ligger til grund for handicap. Denne udvikling har således også medvirket til, at begrebet »handicap« er blevet udvidet. Den omstændighed, at en person har større risiko for at få alvorlige lidelser som følge af en genetisk defekt, kan medføre betydelige hindringer for vedkommende.

62. Sidstnævnte eksempel viser, at de særlige sociale sammenhænge, som en person bevæger sig i, kan have betydning ved vurderingen af, om vedkommende kan anses for handicappet. Så længe den genetiske defekt ikke er konstateret, udsættes den pågældende person ikke for forskelsbehandling. Når defekten er blevet kendt, kan dette ændre sig med det samme, fordi arbejdsgivere eller forsikringsselskaber ikke vil bære den større risiko i forbindelse med ansættelsen eller forsikringen.

63. I litteraturen kan det ofte læses, at den fysiske eller psykiske defekts varighed er et kendetegn, hvorved der sondres mellem handicap og sygdom. Defektens varighed giver rent faktisk et holdepunkt i de fleste tilfælde. Der findes imidlertid også sygdomme, der udvikler sig gradvis og over en længere periode medfører graverende funktionstab for de syge og medfører en sådan funktionsnedsættelse, at de pågældende i sociale sammenhænge ikke adskiller sig væsentligt fra »varigt« handicappede.

64. Dette får mig til at konkludere, at begrebet »handicap« i direktiv 2000/78 er et fællesskabsretligt udtryk, der i hele Fællesskabet skal underlægges en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning [8].

65. Det er også af indholdsmæssige grunde nærliggende, at begrebet »handicap« i dette direktiv skal fortolkes ens i fællesskabsretten, under alle omstændigheder fordi der skal sikres et minimum af ensartethed for så vidt angår det personlige og saglige anvendelsesområde for forbuddet mod forskelsbehandling. Gruppen af beskyttede personer og afgrænsningen af de funktionsnedsættelser, der skal tages hensyn til, må ikke adskille sig fra hinanden. I modsat fast ville den beskyttelse, som forbuddet mod forskelsbehandling giver, være forskellig inden for Fællesskabet.

66. Alligevel må der i forbindelse med udarbejdelsen af en ensartet fortolkning af begrebet »handicap« tages hensyn til den ovenfor kort nævnte dynamik i den måde, på hvilken man i samfundet opfatter fænomenet »handicap« som en funktionsnedsættelse som følge af en fysisk eller psykisk defekt, udviklingen for så vidt angår den medicinske

8 — Jf. bl.a. dom af 18.1.1984, sag 327/82, EKRO, Sml. s. 107, præmis 11, af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, præmis 43, af 9.11.2000, sag C-357/98, Yiadom, Sml. I, s. 9265, præmis 26, af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251, præmis 23, af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 35, og af 27.11.2003, sag C-497/01, Zita Modes, Sml. I, s. 14393, præmis 34.

og biomedicinske viden og de betydelige forskelle ved bedømmelsen af en lang række forskellige handicap, alt efter hvilken sammenhæng, der er tale om.

67. Dette taler efter min opfattelse for at undlade at tilstræbe en mere eller mindre endelig og fast definition af begrebet »handicap«. Domstolens fortolkning af begrebet skal give den nationale ret fællesskabsretlige kriterier og holdepunkter, ved hjælp af hvilke den kan tage stilling til det juridiske spørgsmål, som hovedsagen vedrører [9].

68. Der kan således sikres en sammenfaldende fortolkning og anvendelse af begrebet »handicap« inden for Fællesskabet, uden at udtrykkets åbne karakter indskrænkes. For så vidt er jeg enig i den opfattelse, som den nederlandske regering har givet udtryk for i så henseende [10].

4. Handicap, forskelsbehandling og kompensation

69. I historiens løb har lovgiver i de europæiske sociale retsstater beskyttet personer med handicap på tre forskellige måder.

70. Allerede ved indførelsen af lovgivning om social sikring blev der truffet særlige foranstaltninger til fordel for personer, der gennem arbejdsulykker var blevet varigt uarbejdsdygtige og derfor ikke længere kunne deltage i arbejdsprocessen. Senere blev der i form af sociale foranstaltninger skabt en velfærdssikring for personer, der ikke kunne forsørge sig selv som følge af deres handicap.

71. Idéen om, at handicap ikke må begrunde en uberettiget forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og i andre sociale sammenhænge, vandt gradvis anerkendelse efter Anden Verdenskrig. Den førte til en speciel udformning af det generelle princip om ligebehandling for så vidt angår forskelsbehandling på grund af handicap. I fællesskabsretten kommer denne specielle udformning til udtryk i artikel 13 EF og direktiv 2000/78.

72. Udviklingen inden for den medicinske viden, sammenholdt med de voksende tekniske muligheder, medførte, at man i flere og flere tilfælde, hvor det tidligere set med samfundets øjne var berettiget at give handicappede en særbehandling på arbejdsmarkedet og i andre sociale sammenhænge, fordi de pågældende ikke — længere — opfyldte de krav, som gælder i erhvervslivet eller ved en anden beskæftigelse, kunne

9 — Dette er i øvrigt i overensstemmelse med Domstolens faste praksis om samarbejdet mellem Fællesskabets domstol og de nationale retter. Jf. herom allerede dom af 4.2.1964, sag 20/64, Albatros, Sml. 1965-1968, s. 3, org.ref.: Rec. s. 40.

10 — Den nederlandske regering har navnlig henvist til, at det som følge af begrebets åbne karakter hverken er nødvendigt eller ønskværdigt at foretage en endelig definition. Et handicaps betydning afhænger i sidste instans af de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde (punkt 23 i det skriftlige indlæg).

kompensere for lidelsen og/eller lindre de heraf følgende handicap, således at de handicappede helt eller delvis kunne fortsætte med deres beskæftigelse eller andre aktiviteter.

73. Den omstændighed, at der findes flere og flere passende muligheder for at kompensere for handicap eller lindre følgerne heraf, medfører, at det bliver sværere at begrunde en forskellig behandling på grund af handicap. Denne positive anden side af det i princippet negative forbud mod forskelsbehandling, kommer til udtryk i de forpligtelser, der påhviler arbejdsgiveren, og er beskrevet i artikel 5 i direktiv 2000/78 [11].

74. Set i lyset af disse fire indledende bemærkninger forsøger jeg i det følgende at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er stillet.

C — *Første præjudicielle spørgsmål*

75. Svaret på det første præjudicielle spørgsmål kan let udledes af ovennævnte tredje og fjerde indledende bemærkning.

11 — Denne bestemmelse konkretiserer indholdet af punkt 26 i fællesskabspagten om grundlæggende sociale rettigheder, der er nævnt i dette forslags punkt 9.

76. Handicappede er personer med alvorlige funktionsnedsættelser (handicap) som følge af fysiske, mentale eller psykologiske funktionshæmninger.

77. Heraf følger to forhold:

— Der skal være tale om funktionsnedsættelser, der beror på et helbredsproblem eller en fysiologisk afvigelse hos den pågældende person, og som enten er langvarige eller permanente.

— Det helbredsproblem, der er årsag til funktionsnedsættelsen, skal i princippet kunne adskilles fra selve funktionsnedsættelsen.

78. Følgelig kan en sygdom, der er årsag til et eventuelt senere handicap, i princippet ikke ligestilles med et handicap. Sygdommen er derfor ikke noget holdepunkt for at anvende forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 13 EF, sammenholdt med direktiv 2000/78.

79. Der gøres kun undtagelse herfra, hvis der under sygdomsforløbet indtræder langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, der også uafhængigt af den stadig fremadskridende sygdom skal anses for handicap.

80. En afskedigelse på grund af sygdom kan derfor kun være udtryk for en forbudt forskelsbehandling på grund af handicap i henhold til direktiv 2000/78, såfremt den berørte kan godtgøre, at det ikke er selve sygdommen, men derimod de langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, der følger af sygdommen, der er den egentlige grund til afskedigelsen.

81. For fuldstændighedens skyld skal jeg tilføje, at afskedigelsen i dette tilfælde kan være begrundet, hvis den pågældende funktionsnedsættelse — handicappet — gør det umuligt eller i alvorlig grad begrænser udøvelsen af den pågældende beskæftigelse eller det pågældende erhverv [12].

82. Det er dog kun muligt at begrunde afskedigelsen, hvis der ikke står rimelige foranstaltninger til rådighed for arbejdsgiveren, der kan lindre eller kompensere det pågældende handicap på en måde, der gør det muligt for den handicappede fortsat at udøve sin beskæftigelse eller sit erhverv [13].

12 — Jf. artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78.

13 — Jf. artikel 5 i direktiv 2000/78.

83. Om foranstaltningerne er rimelige afhænger også af, hvilke omkostninger der er forbundet med dem, om disse omkostninger er rimelige, hvis de ikke dækkes af offentlige midler, og den lindring og kompensering af handicappet, som foranstaltningerne kan give, samt den handicappedes mulighed for at få adgang til anden beskæftigelse eller andet erhverv, hvor handicappet enten ikke udgør nogen eller en mærkbar mindre hindring.

D — *Andet præjudicielle spørgsmål*

84. Svaret på det andet præjudicielle spørgsmål kan udledes af den anden indledende bemærkning:

— Hverken tilblivelseshistorien bag eller ordlyden af artikel 13 EF og direktiv 2000/78 giver grundlag for at gøre sygdom selvstændigt til genstand for et forbud mod forskelsbehandling.

— Et sådant forbud mod forskelsbehandling kan heller ikke konstrueres som en særlig udformning af det generelle princip om ligebehandling.

V — Forslag til afgørelse

85. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid (Spanien) således:

»1) En sygdom, som er årsag til et eventuelt senere handicap, kan i princippet ikke ligestilles med et handicap. Sygdommen er derfor ikke noget holdepunkt for et forbud mod forskelsbehandling i henhold til artikel 13 EF, sammenholdt med Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Der gøres kun undtagelse herfra, hvis der under sygdomsforløbet indtræder langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, der skal anses for handicap. Den berørte, der påberåber sig forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, skal godtgøre, at det ikke er selve sygdommen, men derimod de langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, der følger af sygdommen, der er den egentlige grund til afskedigelsen.

2) Hverken tilblivelseshistorien bag eller ordlyden af artikel 13 EF og direktiv 2000/78 giver grundlag for at gøre sygdom selvstændigt til genstand for et forbud mod forskelsbehandling. Et sådant forbud mod forskelsbehandling kan heller ikke konstrueres som en særlig udformning af det generelle princip om ligebehandling.«