CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 16 maart 2006 [1]

I — Inleiding

1. Het is voor de tweede keer [2] dat er vragen worden gesteld omtrent de interpretatie van een bepaald begrip uit richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid of beroep [3] (hierna: „richtlijn" of „richtlijn 2000/78"). [4]

2. Deze richtlijn verbiedt directe en indirecte discriminatie op een aantal gronden, waaronder handicaps. In deze zaak gaat het om de uitleg van het begrip „handicap". Dit begrip wordt niet gedefinieerd in de richtlijn. De vragen zijn gesteld tegen de achtergrond van een zieke werkneemster, die gedurende haar ziekteverlof is ontslagen. Meer concreet wordt gevraagd of ziekte beschouwd mag worden als een handicap in de context van deze richtlijn, en zo nee, of in elk geval discriminatie wegens ziekte onder de reikwijdte van de richtlijn valt.

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Artikel 13, lid 1, EG luidt:

„Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden."

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — Het Hof heeft zich over deze richtlijn uitgesproken in het arrest van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981).

3 — PB L 303, blz. 16.

4 — Deze richtlijn is ook voorwerp van inbreukprocedures die de Commissie tegen een aantal lidstaten heeft ingesteld wegens niet tijdig omzetten. Het eerste arrest dat in deze inbreukzaken is gewezen betreft het arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Luxemburg (C-70/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie). Al of niet gerechtvaardige leeftijdsdiscriminatie in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 kwam aan de orde in het arrest Mangold (aangehaald in voetnoot 2).

4. Richtlijn 2000/78 is op basis van artikel 13 EG aangenomen. Uit artikel 1 van deze richtlijn blijkt dat het tot doel heeft met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

5. De zeventiende overweging van de considerans vermeldt:

„Deze richtlijn eist niet dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam is, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien."

6. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt:

„1. Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

[...]

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[...]"

7. Artikel 5 van de richtlijn luidt:

„Teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd."

8. De vierde overweging uit Aanbeveling 86/379/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de werkgelegenheid voor gehandicapten in de Gemeenschap [5] vermeldt dat:

„[...] in deze aanbeveling onder ‚gehandicapten' worden verstaan alle personen met

5 — PB L 225, blz. 43.

ernstige handicaps die het gevolg zijn van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen".

9. Punt 26 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 9 december 1989 luidt:

„Alle gehandicapten, ongeacht de oorsprong en de aard van hun handicap, dienen in aanmerking te komen voor concrete, aanvullende maatregelen ter bevordering van hun maatschappelijke en beroepsintegratie.

Die maatregelen moeten, afgestemd op de capaciteit van de betrokkenen, met name betrekking hebben op beroepsopleiding, ergonomie, toegankelijkheid, mobiliteit, middelen van vervoer en huisvesting."

B — *Nationaal recht*

10. Artikel 14 van de Grondwet bepaalt dat alle Spanjaarden gelijk zijn voor de wet, zonder dat er een onderscheid gemaakt mag worden op grond van geboorte, ras, geslacht, godsdienst, opvatting, of enige andere persoonlijke of maatschappelijke situatie of omstandigheid.

11. De basisreglementering inzake arbeidsbetrekkingen is te vinden in het Estatuto de los Trabajadores (hierna: „Statuut"). In artikel 55, lid 3, van dit Statuut worden de verschillende vormen van ontslag omschreven: geldig, ongeldig en nietig ontslag.

12. Volgens artikel 55, lid 4, is het ontslag ongeldig wanneer de niet-naleving van de overeenkomst die aan de werknemer wordt verweten, niet wordt bewezen of wanneer de vorm van het ontslag niet voldoet aan de wettelijke vereisten.

13. Volgens artikel 55, lid 5, is ontslag wegens een van de bij de Grondwet of de wet verboden discriminatiegronden of in strijd met de fundamentele rechten of openbare vrijheden van werknemers nietig.

14. Uit artikel 55, lid 6, van het Statuut volgt dat een nietig ontslag tot gevolg heeft dat het dienstverband met de werknemer, met betaling van niet ontvangen loon, onmiddellijk wordt hersteld.

15. De gevolgen van een ongeldig ontslag staan vermeld in artikel 56 van het Statuut. Volgens deze bepaling heeft de ongeldigheid van het ontslag voor de werknemer tot gevolg dat hij zijn betrekking verliest met een vergoeding, tenzij de werkgever kiest voor wederindienstneming.

16. Artikel 17, lid 1, van het Statuut is gewijzigd bij wet nr. 62/03, ter omzetting van richtlijn 2000/70 in nationaal recht, die op 1 januari 2004 in werking is getreden. De huidige versie van artikel 17, lid 1, van het Statuut luidt:

„Nietig en zonder gevolg zijn wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, clausules van collectieve overeenkomsten, individuele arbeidsovereenkomsten en eenzijdige besluiten van de werkgever die directe of indirecte negatieve discriminatie op grond van leeftijd of handicap inhouden dan wel positieve of negatieve discriminatie op het gebied van arbeid, beloning, arbeidsduur en andere arbeidsvoorwaarden, gebaseerd op geslacht, afkomst, met inbegrip van ras of etnische afstamming, burgerlijke staat, maatschappelijke positie, godsdienst of overtuiging, politieke denkbeelden, seksuele geaardheid, lidmaatschap van een vakbond of aansluiting bij vakbondsakkoorden, verwantschapsbanden met andere werknemers in de onderneming, of de taal binnen de Spaanse Staat.

[...]"

17. Deze laatste bepaling definieert en preciseert in de context van arbeidsverhoudingen het beginsel van gelijkheid voor de wet en van het discriminatieverbod zoals vastgesteld door de Spaanse rechtsorde en neergelegd in artikel 14 van de Spaanse Grondwet.

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

A — *Achtergrond van het prejudiciële verzoek*

18. S. Chacón Navas werkt(e) voor Eurest Colectividades SA (hierna: „Eurest"), een bedrijf dat gespecialiseerd is in catering. Sinds 14 oktober 2003 is zij met ziekteverlof en ontvangt zij een uitkering wegens tijdelijke arbeidsongeschiktheid.

19. Op 28 mei 2004 gaf Eurest haar, zonder opgaaf van redenen, schriftelijk kennis van haar ontslag per 31 mei 2004. In de ontslagbrief erkent Eurest het ingevolge artikel 56 van het Statuut ongeldige karakter van het ontslag en biedt derhalve een ontslagvergoeding aan.

20. Chacón Navas, die het met het ontslag niet eens was, vocht haar ontslag voor de rechter aan. In haar beroepschrift van 29 juni 2004 betoogt zij dat het ontslag nietig is wegens ongelijke behandeling en discriminatie omdat zij sinds acht maanden met ziekteverlof was en tijdelijk arbeidsongeschikt was. Zij vordert dat haar dienstverband wordt hersteld.

21. Tijdens de op 16 september 2004 gehouden hoorzitting heeft Eurest aangevoerd dat verzoekster geen enkel bewijs heeft aangedragen waaruit discriminatie en schending van fundamentele rechten zou blijken. Chacón Navas heeft herhaald wat zij heeft gesteld in haar beroepschrift: zij zou vanaf 14 oktober 2003 met ziekteverlof zijn (uit het dossier van het hoofdgeding valt af te leiden dat zij in afwachting van een operatie is) en meent dat er voldoende aanwijzingen zijn om het ontslag als discriminatoir te kwalificeren.

22. Op 21 september 2004 heeft de nationale rechter de medische inspectie gevraagd om informatie over de tijdelijke arbeidsongeschiktheid waarin Chacón Navas zich bevindt, met name op welke datum het ziekteverlof is ingegaan en of deze situatie nog voortduurt. In antwoord hierop heeft deze dienst op 11 november 2004 bevestigd dat mevrouw Chacón Navas sinds 14 oktober 2003 met ziekteverlof is en dat op korte termijn niet te verwachten valt dat zij opnieuw tewerk gesteld kan worden.

23. Daar door Chacón Navas is aangetoond dat zij tijdens haar ziekteverlof is ontslagen, door haar werkgever geen feiten zijn aangevoerd noch bewezen waaruit geldige ontslagredenen blijken, hetgeen resulteert in een omkering van bewijslast, luidt de conclusie, aldus de rechter a quo, dat Chacón Navas uitsluitend werd ontslagen wegens de omstandigheid dat zij met ziekteverlof was.

24. De verwijzende rechter merkt op dat volgens de Spaanse rechtspraak dit type ontslag als ongeldig wordt gekwalificeerd en niet als nietig. Dat blijkt uit het arrest van het Tribunal Supremo van 29 januari 2001, dat nadien door alle hoge rechterlijke instanties is overgenomen. De reden daarvoor is dat in het Spaanse recht geen uitdrukkelijke bepaling bestaat waaronder de persoonlijke omstandigheid „ziekte" als relevant kan worden ondergebracht, om ten aanzien daarvan discriminerende praktijken te verhinderen en het discriminatieverbod af te dwingen in betrekkingen tussen particulieren.

25. De verwijzende rechter meent dat mogelijk aan het primaire en secundaire gemeenschapsrecht, met name richtlijn 2000/87, een titel tot bescherming te ontlenen valt.

26. Hij vraagt zich af of er een bepaald verband bestaat tussen „handicap" en „ziekte". Volgens hem zou te raden kunnen worden gegaan bij de International Classification of Functioning, Disability and Health („ICF") van de Wereldgezondheidsorganisatie. Daarin wordt handicap omschreven als een generische term die deficiënties, beperkingen in de activiteit en beknotting in de participatie omvatten ter aanduiding van de negatieve aspecten van de interactie tussen een individu met een bepaalde gezondheidstoestand en de contextuele, omgeving- en persoonlijke factoren van het individu.

27. De verwijzende rechter merkt op dat een ziekte een gezondheidstoestand is die aanleiding zou kunnen geven tot deficiënties welke het individu fysiek belemmeren. Volgens hem zou een werknemer op basis van

het discriminatieverbod op grond van handicap ook beschermd dienen te worden zodra de ziekte is vastgesteld. Aangezien een ziekte tot een handicap kan leiden zou het tegendeel de door de wetgever nagestreefde bescherming in aanzienlijke mate teniet kunnen doen en ongecontroleerde discriminerende praktijken in de hand werken.

28. Ingeval ziekte en handicap als onderscheiden concepten moeten worden beschouwd en richtlijn 2000/78 derhalve niet op eerstgenoemd concept van toepassing is, vraagt de rechter zich af of het beschermende vangnet van de richtlijn zich ook niet zou kunnen uitstrekken tot de persoonskenmerk ziekte, naast de in die richtlijn genoemde persoonskenmerk handicap.

B — *De prejudiciële vragen*

29. Aangezien er twijfels bestaan over de juiste interpretatie, heeft de Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid (Spanje) besloten om de volgende vragen aan het Hof voor te leggen:

„1) Valt de situatie van een werkneemster die door haar onderneming is ontslagen om de enkele reden dat zij ziek was, onder de door richtlijn 2000/78 verleende bescherming voorzover artikel 1 daarvan een algemeen kader instelt voor de bestrijding van discriminatie op grond van handicap?

2) Subsidiair en voor het geval dat zou worden aangenomen dat situaties van ziekte niet vallen onder de door richtlijn 2000/78 verleende bescherming tegen discriminatie op grond van handicap, en indien de eerste vraag ontkennend zou worden beantwoord, kan ziekte dan worden beschouwd als een bijkomend persoonskenmerk, dat krachtens richtlijn 2000/78 geen grond voor discriminatie mag vormen?"

C — *De procedure voor het Hof*

30. In deze procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Eurest, de Duitse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Spaanse en de Tsjechische regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie.

IV — Beoordeling

A — *Ontvankelijkheid*

31. In hun schriftelijke opmerkingen hebben verweerster in het hoofdgeding en de Commissie betoogd dat er redenen zijn om de vragen van de verwijzende rechter niet-ontvankelijk te verklaren.

32. Volgens verweerster in het hoofdgeding zijn de vragen niet-ontvankelijk, omdat het Tribunal Supremo al eerder zou hebben uitgemaakt dat het ontslag van een werknemer met ziekteverlof als zodanig geen verboden discriminatie oplevert.

De Commissie betwijfelt de ontvankelijkheid van de vragen, omdat de weergave in de verwijzingsbeschikking van de eraan ten grondslag liggende feiten zo lacuneus is dat een voor de oplossing van het hoofdgeding nodige nauwkeurige beantwoording van de vragen niet mogelijk zou zijn. In het bijzonder zou het ontbreken van iedere indicatie omtrent de aard en het — verwachte — verloop van de ziekte het bij voorbaat onmogelijk maken om te bepalen of er in casu sprake is van een handicap.

33. Het argument dat verweerster in het hoofdgeding tegen de ontvankelijkheid van de vragen aanvoert kan mijns inziens niet slagen. De omstandigheid immers dat het Tribunal Supremo al zou hebben uitgemaakt dat ontslag wegens ziekte niet kan worden beschouwd als een handeling die valt onder het verbod van discriminatie wegens een handicap, kan de gestelde vragen niet niet-ontvankelijk maken. Deze hebben precies tot object de reikwijdte van dit discriminatieverbod zoals dat is uitgewerkt in richtlijn 2000/78. Zou dit mede — langdurige — ziekte omvatten, dan zou dat consequenties kunnen hebben voor de uitlegging en toepassing van de relevante Spaanse wetgeving op de feitelijke situatie van het hoofdgeding.

34. Op het eerste gezicht lijkt het argument van de Commissie zwaarder te wegen. Inderdaad de weergave van de onderliggende feiten, in het bijzonder de aard, de ernst en de duur van de ziekte van Chacón Navas, in de verwijzingsbeschikking is heel summier. Een analyse van het procesdossier van het hoofdgeding zoals de Commissie heeft beproefd, levert niet veel meer feitelijk houvast op.

35. Niettemin blijkt mijns inziens uit de motivering van de verwijzingsbeschikking met voldoende duidelijkheid waarom de verwijzende rechter nader houvast nodig heeft bij de toepassing van het discriminatieverbod van richtlijn 2000/78 wegens een handicap op de feiten van de zaak waarover hij moet oordelen.

Omdat in het Spaanse arbeidsrecht de consequenties van een irregulier ontslag wegens ziekte en een irregulier ontslag wegens een handicap heel verschillend zijn – in het eerste geval ongeldigheid, waaraan een vergoeding voor de betrokken werknemer verbonden is; in het tweede geval nietigheid, met als gevolg dat het dienstverband met de werknemer onmiddellijk moet worden hersteld met betaling van gederfd loon — is de gevraagde uitlegging van de materiële reikwijdte van het communautaire verbod van discriminatie op grond van handicap zeker relevant voor de beslissing van het hoofdgeding.

36. Uit het gegeven dat zes lidstaten schriftelijke opmerkingen hebben ingediend met een voor de bijzondere context van deze zaak pertinente inhoud, mag overigens worden afgeleid dat de verwijzingsbeschikking hun voldoende houvast bood. Ook voor de Commissie was de formulering van de verwijzingsbeschikking klaarblijkelijk geen belemmering voor een inhoudelijke beantwoording van de vragen.

37. Daarom stel ik vast dat er geen klemmende argumenten voor de niet-ontvankelijkverklaring van de onderhavige prejudiciële vragen zijn.

B — *Preliminaire opmerkingen*

1. Artikel 13 als rechtsgrondslag voor richtlijn 2000/78

38. In de verwijzingsbeschikking is, behalve naar artikel 13 EG, als de rechtsbasis van richtlijn 2000/78, ook verwezen naar de artikelen 136 EG en 137 EG. De verwijzende rechter lijkt daarmee te suggereren dat ook deze bepalingen van belang zijn voor de beantwoording van de gestelde vragen.

39. Deze suggestie komt mij niet juist voor. Blijkens de tekst van de considerans is richtlijn 2000/78 uitsluitend op artikel 13 EG gebaseerd.

40. Artikel 13 EG is bij het Verdrag van Amsterdam in het EG-Verdrag ingevoegd. Deze bepaling schept een bevoegdheid voor de Gemeenschap om passende maatregelen te nemen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

41. Uit de bewoordingen „onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag" blijkt dat artikel 13 EG een subsidiair karakter draagt. Daaruit vloeit voort dat voor de op grond van artikel 13 EG te nemen maatregelen niet een andere verdragsbepaling als rechtsgrondslag in aanmerking moet kunnen komen.

42. Waar het meer in het bijzonder om de bescherming van gehandicapten op de arbeidsmarkt gaat, zou daarvoor ook een rechtsbasis in artikel 137 EG kunnen worden gevonden, die de Gemeenschap de bevoegdheid toekent maatregelen te nemen ter ondersteuning van en ter aanvulling op het beleid van de lidstaten, onder meer, bij de bestrijding van sociale uitsluiting (artikel 137, lid 1, sub j, EG).

43. Deze rechtsgrondslag heeft echter een ander karakter dan die van artikel 13 EG. Zij schept een rechtsbasis voor een complementaire harmonisatie van onderdelen van het

sociale beleid van de lidstaten. Daardoor is zij zowel ratione personae als ratione materiae ruimer dan artikel 13 EG, waar zij ook van toepassing is op andere categorieën „uitgeslotenen" dan die welke in artikel 13 EG zijn bedoeld en andere doelstellingen kan beogen dan een louter discriminatieverbod.

44. Het verschil in strekking komt ook tot uiting in de typen maatregelen die op grond van artikel 137, lid 1, sub j EG kunnen worden genomen. Zij kunnen, bijvoorbeeld, voorzien in bijzondere stimuleringsmaatregelen en beschermingsmaatregelen ter beëindiging van bepaalde vormen van uitsluiting, die de lidstaten in hun nationale wetgeving moeten overnemen. Het in artikel 13 EG neergelegde verbod van discriminatie op grond van handicap, zoals dat is uitgewerkt in richtlijn 2000/78 houdt een algemene kwalitatieve randvoorwaarde in, waaraan de lidstaten in hun met betrekking tot arbeid en beroep relevante wetgeving en besluitvorming ten aanzien van gehandicapten zijn gebonden, en die ook in de horizontale verhoudingen van werkgevers en werknemers op de arbeidsmarkt geldt.

45. Daarom is de keuze van artikel 13 EG als de enige rechtsbasis voor een algemeen verbod van discriminatie op grond van handicap correct. De gestelde vragen zullen dus in het licht van de bewoordingen en strekking van dit artikel moeten worden beantwoord.

2. De interpretatie van artikel 13 EG en richtlijn 2000/78

46. Uit de ontstaansgeschiedenis en uit de bewoordingen van artikel 13 EG blijkt dat de verdragsauteurs terughoudend zijn geweest bij de uitwerking van deze aanvullende nondiscriminatiebepaling. De aanvankelijke voorstellen voor een dergelijke bepaling zijn in de aanloop naar de sluiting van het Verdrag van Amsterdam steeds verder beperkt.[6]

47. Die terughoudendheid is zichtbaar in de tekst van artikel 13 EG.

Zij behelst, in de eerste plaats, slechts een rechtsgrondslag voor het nemen van „passende maatregelen".

In de tweede plaats is de omschrijving van de verboden gronden voor discriminatie uitputtend. Dit in tegenstelling tot klassieke internationale mensenrechtenverdragen en, bijvoorbeeld, ook artikel II-81 van het

6 — Zie o.m. M. Bell and L. Waddington, The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article, 25 *Industrial Law Journal* (1996), blz. 320-326; R. Barents, *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer 1997, blz. 40-43, en Olivier de Schutter, „Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam", in Yves Lejeune (ed.) *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles 1999, blz. 154-188, met name blz. 184-187.

Grondwettelijk Verdrag, waar de catalogi van verboden gronden voor discriminatie enuntiatief zijn geformuleerd.

De beperking die, in de derde plaats, ligt in het subsidiaire karakter, kwam hierboven al ter sprake.

In de vierde plaats is voor de toepassing van artikel 13 EG vereist dat de overwogen maatregel blijft „binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden".

48. Er pleiten mijns inziens klemmende argumenten voor om bij de interpretatie van artikel 13 EG, alsmede van de op grond daarvan genomen „passende maatregelen", zoals in casu richtlijn 2000/78, rekening te houden met daarin neergelegde definities en afbakeningen. Van betrekkelijk recente datum vormen zij een afspiegeling van de uitdrukkelijke wil van de Verdragsauteurs en van de communautaire wetgever.

49. Evenwel afgezien nog van deze verdragshistorische en grammaticale argumenten zijn er ook inhoudelijke argumenten die spreken tegen een extensieve uitleg.

50. Het object van sommige van de in artikel 13 EG opgesomde discriminatieverboden, zoals die wegens leeftijd en handicap, brengt mee dat de vaststelling van een verboden formele ongelijkheid in behandeling steeds als keerzijde zal hebben de materiële aanspraak op gelijkheid bij de toegang tot of de handhaving in een beroep of bedrijf, gelijke arbeidsvoorwaarden, de beschikbaarheid van bijzondere scholing, of van voorzieningen die de beperkingen ten gevolge van leeftijd of handicap compenseren of verminderen. Gelet op de potentieel verstrekkende consequenties, in economische en financiële zin, die dergelijke discriminatieverboden in de horizontale verhoudingen van burgers onderling en in de verticale verhoudingen van publieke autoriteiten en belanghebbende burgers kunnen hebben, pleegt in de nationale sfeer de wetgever dergelijke discriminatieverboden naar reikwijdte — met inbegrip van de gerechtvaardigde uitzonderingen en beperkingen alsmede van de redelijkerwijs ter beschikking te stellen voorzieningen voor compenserende voorzieningen — nauwkeurig te omschrijven.

51. De nadere dimensionering die richtlijn 2000/78 op de verboden op discriminatie wegens leeftijd en wegens handicap aanbrengt, met name in de artikelen 5 en 6, wijst erop dat ook de communautaire wetgever zich van die potentieel verstrekkende economische en financiële consequenties is bewust geweest.

52. De definities en afbakeningen die in richtlijn 2000/78 zijn uitgewerkt, verdienen

ernstig te worden genomen, daar de economische en financiële effecten van het discriminatieverbod wegens handicap vooral op terreinen doorwerken die weliswaar door het Verdrag worden bestreken, maar waar de Gemeenschap hoogstens over gedeelde, doch meestal over aanvullende bevoegdheden beschikt. Dat geldt voor het werkgelegenheidsbeleid, waar de Gemeenschap over een lichte coördinerende bevoegdheid beschikt, die is uitgewerkt in de artikelen 125 EG tot en met 130 EG, en het sociale beleid waar, naar luid van artikel 137, lid 1, eerste volzin, EG, het optreden van de lidstaten op een reeks deelonderwerpen „wordt ondersteund en aangevuld". Op de ook in deze context relevante terreinen onderwijs, beroepsopleiding, de artikelen 149 EG en 150 EG, en van volksgezondheid, artikel 152 EG, hebben de gemeenschapsbevoegdheden een vergelijkbaar aanvullend karakter.

53. Ik leid hieruit af dat het Hof de door de gemeenschapswetgever in de toepassingsregelingen op artikel 13 EG ten aanzien van de omschrijving van het discriminatieverbod en van de materiële en personele afbakening van dat verbod gemaakte keuzes zal moeten respecteren en die niet met een beroep op de algemene begrenzing van dat artikel „binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden" zal mogen oprekken. Nog minder ruimte is er, mijns inziens, om met een beroep op het algemene gelijkheidsbeginsel de materiële reikwijdte van artikel 13 EG te verruimen.

54. Zo een extensieve interpretatie van artikel 13 EG en van de regelingen die de gemeenschapswetgever ter uitvoering van dit artikel heeft uitgevaardigd, heeft tot gevolg dat als het ware een archimedische positie wordt geschapen van waaruit de in artikel 13 EG omschreven discriminatieverboden kunnen worden gehanteerd om, zonder tussenkomst van de Verdragsgever of de gemeenschapswetgever, de afwegingen te corrigeren die lidstaten hebben gemaakt bij de uitoefening van de hun — nog — verbleven bevoegdheden. Gelet op het gegeven dat, blijkens het EG-Verdrag het zwaartepunt van die bevoegdheden, ook indien de communautaire competenties ter zake door de gemeenschapswetgever zouden worden geactiveerd, bij de lidstaten blijft berusten, is dat een, zowel, uit een oogpunt van verdragssystematiek, als uit een oogpunt van institutioneel evenwicht, onwenselijk resultaat.

55. Ten overvloede zij het volgende nog opgemerkt. Het operationeel maken van de hier relevante discriminatieverboden in de praktijk vergt steeds van de wetgever dat hij pijnlijke, zo niet tragische keuzes moet maken bij de afweging van de in het geding zijnde belangen, zoals de rechten van de gehandicapte of oudere werknemer versus de soepele werking van de arbeidsmarkt of de verhoging van de participatiegraad van de oudere leeftijdscohorten. Niet zelden zijn bij de toepassing van deze discriminatieverboden financiële compensaties nodig waarvan de redelijkheid mede afhangt van de beschikbare publieke middelen of van het algemene welvaartsniveau in de desbetreffende lidstaten. Deze afwegingen vinden binnen de nationale sfeer niet in een rechtsstatelijk vacuüm plaats. Zij plegen in de regel mede te worden getoetst aan de nationale constitutionele grondrechten en aan de relevante bepalingen van de internationale mensen-

rechtenverdragen. Welnu, in dit licht dient het Hof als gemeenschapsrechter wel over een onaanvechtbare en superieure competentiebasis te beschikken, indien hij de binnen de nationale constitutionele en internationaal-rechtelijke randvoorwaarden tot stand gebrachte besluiten van een nationale wetgever, die overigens binnen de kring van zijn verbleven bevoegdheden optreedt, zou willen corrigeren.

56. Op grond van de hierboven weergegeven argumenten sta ik dus een terughoudender interpretatie en toepassing van richtlijn 2000/78 voor dan die van het Hof in de zaak Mangold.[7] Hiermee loop ik al vooruit op het antwoord op de tweede vraag van de verwijzende rechter.

3. Het begrip „handicap" als gemeenschapsrechtelijk begrip

57. Het begrip „handicap" is een onbepaald rechtsbegrip dat bij zijn praktische toepassing vatbaar is voor velerlei uitleg. De omstandigheid dat het begrip voorkomt in artikel 13 EG dat het verbod van discriminatie op grond van handicap beoogt, een verbod dat vervolgens door richtlijn 2000/78 is geactiveerd en uitgewerkt, dwingt ertoe aan dit begrip een gemeenschapsrechtelijke inhoud te geven.

58. Daartoe is temeer reden, omdat het begrip „handicap" als medisch-wetenschappelijke term, maar ook in zijn sociale betekenis aan een betrekkelijk snelle evolutie onderhevig is. Het is daarbij niet uit te sluiten dat bepaalde fysieke of psychische tekortkomingen in de ene maatschappelijke context het karakter van een „handicap" hebben, terwijl dat in een andere context niet het geval is.

59. Aan de ene kant kan die veranderlijkheid en contextuele gevoeligheid van het begrip „handicap" leiden tot grote verschillen in de uitlegging en toepassing van het discriminatieverbod. Dat pleit voor een uniforme uitlegging. Aan de andere kant dwingt de combinatie van dynamiek en variatie die zich bij de wetenschappelijke perceptie en maatschappelijke bejegening van het verschijnsel handicap voordoet tot voorzichtigheid bij het streven naar uniformiteit. Ik kom hierop nog terug.

60. In het verloop van de sociale geschiedenis van de laatste twee eeuwen is de kring van personen die als gehandicapt worden aangemerkt onmiskenbaar groter geworden. Dit hangt samen met de drastische verbetering van de volksgezondheid in de meer welvarende samenlevingen. Die had tot gevolg dat degenen die daarvan niet konden profiteren, omdat zij gehandicapt waren door min of meer blijvende lichamelijke of psychische aandoeningen, zichtbaarder werden.

61. De ontwikkelingen in de biomedische wetenschappen hebben geleid tot betere

7 — Aangehaald in voetnoot 2.

inzichten in de lichamelijke en psychische aandoeningen die aan handicaps ten grondslag liggen. Zij hebben zo ook bijgedragen tot een verruiming van het begrip „handicap". Een grotere kwetsbaarheid voor ernstige kwalen ten gevolge van een genetisch defect kan voor betrokkenen aanzienlijke beperkingen meebrengen.

62. Het laatste voorbeeld geeft aan dat ook de bijzondere maatschappelijke context waarin gehandicapten zich bewegen van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of zij als zodanig worden aangemerkt. Zo lang het genetisch defect niet is geconstateerd zal de persoon in kwestie niet worden geconfronteerd met discriminatie. Dat kan onmiddellijk anders worden, nadat het bekend is geworden, omdat werkgevers, of verzekeraars, de grotere risico's van het in dienst nemen, of het verzekeren, van betrokkene niet wensen te dragen.

63. Als een van de kenmerken, waarmee in de literatuur handicaps worden onderscheiden van ziekten, wordt vaak de permanentie van het fysieke of psychische defect genoemd. Inderdaad biedt dat in de meeste gevallen houvast. Evenwel, er zijn geleidelijk verlopende ziekten die voor patiënten gedurende een langere periode ernstige functieverliezen meebrengen, die hen in hun functioneren zodanig zwaar belemmeren dat zij in het maatschappelijk verkeer niet wezenlijk van „blijvend" gehandicapten verschillen.

64. Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat het begrip handicap in richtlijn 2000/78 een communautair rechtsbegrip is dat binnen de communautaire rechtsorde autonoom en op eenvormige wijze moet worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling. [8]

65. Dat het begrip „handicap" in deze richtlijn een eenvormige communautaire uitleg behoeft, ligt ook op inhoudelijke gronden voor de hand, al was het maar om een minimum aan noodzakelijke eenheid in de persoonlijke en materiële reikwijdte van het discriminatieverbod te verzekeren. De kring van beschermde personen en de afbakening van de in aanmerking te nemen functionele beperkingen mogen niet uiteenlopen. Ware het anders dan zou de door dit discriminatieverbod geboden bescherming binnen de Gemeenschap uiteenlopen.

66. Niettemin dient bij de ontwikkeling van een eenvormige uitleg van het begrip handicap rekening te worden gehouden met de hierboven kort aangeduide dynamiek in de maatschappelijke perceptie van het verschijnsel „handicap" als functionele beperking ten gevolge van een psychisch of fysiek defect, de evolutie in de medische en

8 — Zie onder andere arresten van 18 januari 1984, EKRO (327/82, Jurispr. blz. 107, punt 11); 19 september 2000, Linster (C-287/98, Jurispr. blz. I-6917, punt 43); 9 november 2000, Yiadom (C-357/98, Jurispr. blz. I-9265, punt 26); 6 februari 2003, SENA (C-245/00, Jurispr. blz. I-1251, punt 23); 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 35), en 27 november 2003, Zita Modes (C-497/01, Jurispr. blz. I-14393, punt 34).

biomedische inzichten en de grote contextuele verschillen in de appreciatie van een grote verscheidenheid aan handicaps.

67. Dit pleit ervoor niet te streven naar min of meer uitputtende en vaste definities van het begrip „handicap". 's Hofs uitlegging van het begrip zal de nationale rechter gemeenschapsrechtelijke criteria en aanknopingspunten moeten verschaffen met behulp waarvan hij voor de bij hem voorliggende rechtsvraag een oplossing kan vinden. [9]

68. Zo kan een convergente uitlegging en toepassing binnen de Gemeenschap van het begrip „handicap" worden verzekerd, zonder afbreuk te doen aan het open karakter van dit begrip. In dit opzicht deel ik de opvattingen die door de Nederlandse regering hieromtrent naar voren zijn gebracht. [10]

4. Handicap, discriminatie en compensatie

69. In de loop des tijds heeft de wetgever in de Europese sociale rechtsstaten zich de bescherming van personen met een handicap op drie manieren aangetrokken.

70. Al bij het ontstaan van de sociale zekerheidswetgeving werden bijzondere voorzieningen getroffen voor personen die, door arbeidsongevallen blijvend invalide geworden, niet meer aan het arbeidsproces konden deelnemen. Later is voor personen die door hun handicap niet in hun onderhoud konden voorzien door sociale voorzieningen een bestaanswaarborg geschapen.

71. Dat handicaps geen grond mogen vormen voor ongerechtvaardigde discriminaties op de arbeidsmarkt en elders in het maatschappelijk verkeer is een notie die na de Tweede Wereldoorlog geleidelijk ingang heeft gevonden. Zij heeft geleid tot een op discriminatie op grond van handicap toegesneden verbijzondering van het gelijkheidsbeginsel. In het gemeenschapsrecht is deze verbijzondering tot uiting gebracht in artikel 13 EG en richtlijn 2000/78.

72. De ontwikkeling van de medische inzichten in combinatie met de groeiende technologische mogelijkheden heeft als gevolg gehad dat in een toenemend aantal gevallen, waarin vroeger de bijzondere behandeling van gehandicapten op de arbeidsmarkt en elders in het maatschappelijk verkeer gerechtvaardigd was, omdat zij niet — meer — voldeden aan de eisen die voor een beroep of andere activiteit golden, een dusdanige compensatie voor het gebrek en/of de beperking van de eruit voortvloei-

9 — Dit is overigens in overeenstemming met 's-Hofs vaste rechtspraak over de aard van de samenwerking tussen de gemeenschapsrechter en de nationale rechter. Zie hieromtrent reeds arrest van 4 februari 1964, Albatros (20/64, Jurispr. blz. 40).

10 — Namens de Nederlandse regering is er in het bijzonder op gewezen dat het open karakter van het begrip een sluitende definitie nodig, noch wenselijk maakt. Haars inziens wordt de betekenis van wat een handicap is, uiteindelijk bepaald door de bijzonderheden van het concrete geval. (Punt 23 van de schriftelijke opmerkingen).

ende belemmeringen kon worden gevonden dat gehandicapten — weer — geheel of ten dele hun werkzaamheden of activiteiten konden voortzetten.

73. De ruimer wordende beschikbaarheid van redelijke mogelijkheden tot compensatie van handicaps, of tot beperking van de gevolgen ervan, impliceert dat de ruimte inkrimpt voor een aanvaardbare rechtvaardiging voor een verschil in behandeling op grond van handicap. Deze positieve keerzijde in termen van verplichtingen voor de werkgever van het in beginsel negatieve discriminatieverbod is uitgewerkt in artikel 5 van richtlijn 2000/78 terug te vinden. [11]

74. In het licht van deze vier prealabele opmerkingen zal ik hieronder proberen een antwoord te vinden op de gestelde prejudiciële vragen.

C — *De eerste prejudiciële vraag*

75. Uit de derde en vierde prealabele opmerkingen hierboven kan het antwoord op de eerste prealabele vraag eenvoudig worden afgeleid.

11 — In deze bepaling is het gestelde van punt 26 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten, aangehaald in punt 9 van deze conclusie, uitgewerkt.

76. Gehandicapten zijn personen met ernstige functionele beperkingen (handicaps) die het gevolg zijn van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoening.

77. Hieruit vloeit tweeërlei voort:

— het moet gaan om beperkingen die hun oorzaak vinden in een gezondheidsprobleem of fysiologische afwijking van betrokkene, en die hetzij een langdurig, hetzij een permanent karakter hebben;

— het gezondheidsprobleem als oorzaak van de functionele beperking dient principieel te worden onderscheiden van die beperking.

78. Ergo, een ziekte als oorzaak van een mogelijk toekomstige handicap kan in beginsel niet met een handicap gelijk worden gesteld. Zij levert derhalve geen aanknopingspunt voor een verbod van discriminatie op, als bedoeld in artikel 13 EG, juncto richtlijn 2000/78.

79. Dit lijdt slechts uitzondering indien zich tijdens het verloop van de ziekte langdurige of blijvende functionele beperkingen openbaren, die ook afgezien van de nog voortschrijdende ziekte als handicaps zijn aan te merken.

80. Een ontslag wegens ziekte kan dus alleen dan een door richtlijn 2000/78 verboden discriminatie op grond van een handicap opleveren, indien betrokkene aannemelijk kan maken dat niet de ziekte zelf, doch de daaruit resulterende langdurige of blijvende beperkingen de eigenlijke grond voor het ontslag vormen.

81. Volledigheidshalve voeg ik eraan toe, dat in die hypothese nochtans het ontslag gerechtvaardigd kan zijn, indien de desbetreffende functionele beperkingen — de handicap — de uitoefening van het betrokken beroep of bedrijf onmogelijk maken dan wel ernstig beperken. [12]

82. Evenwel die rechtvaardiging is slechts toelaatbaar indien er voor de werkgever geen redelijke middelen voorhanden zijn, die de betrokken handicap zodanig verminderen of compenseren, dat de gehandicapte zijn beroep of bedrijf kan blijven uitoefenen. [13]

12 — Zie richtlijn 2000/78, artikel 4, lid 1.

13 — Zie richtlijn 2000/78, artikel 5.

83. Het redelijkheidsvereiste wordt inhoudelijk mede bepaald door de met de in aanmerking komende middelen gemoeide kosten, de evenredigheid van die kosten voorzover deze van overheidswege niet worden vergoed, en de daardoor mogelijk gemaakte vermindering of compensatie van de handicap, alsmede de toegankelijkheid voor de betrokken gehandicapte van andere beroepen of bedrijven waarvoor diens handicap geen of een aanmerkelijk geringere belemmering zou opleveren.

D — *De tweede prejudiciële vraag*

84. Uit de tweede prealabele opmerking hierboven valt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag af te leiden:

— de ontstaansgeschiedenis noch de tekst van artikel 13 EG en richtlijn 2000/78 laten het toe daaronder ziekte als zelfstandig object van een discriminatieverbod te brengen;

— evenmin kan een dergelijk discriminatieverbod worden geconstrueerd als een verbijzondering van het algemene gelijkheidsbeginsel.

V — Conclusie

85. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de aan hem door de Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Een ziekte als oorzaak van een mogelijke toekomstige handicap kan in beginsel niet met een handicap worden gelijkgesteld. Zij levert derhalve als zodanig geen aanknopingspunt voor een verbod van discriminatie op grond van handicap op als bedoeld in artikel 13 EG juncto richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid op beroep. Dit lijdt alleen uitzondering, indien zich tijdens het verloop van de ziekte langdurige of blijvende functionele beperkingen openbaren die als handicaps zijn aan te merken. Als dan zal betrokkene bij een beroep op het verbod van discriminatie op grond van handicap aannemelijk moeten maken dat niet de ziekte zelf, doch de daaruit resulterende langdurige of blijvende beperkingen de eigenlijke grond voor het ontslag vormen.

2) De ontstaansgeschiedenis, noch de tekst van artikel 13 EG en richtlijn 2000/78 laten het toe onder de daarbij verboden gronden voor discriminatie ziekte als een zelfstandige grond voor een discriminatieverbod te brengen. Evenmin mag in dat licht een dergelijk discriminatieverbod worden geconstrueerd als een verbijzondering van het algemene gelijkheidsbeginsel."