CHACÓN NAVAS

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
L.A. Geelhoed
föredraget den 16 mars 2006 [1]

I — Inledning

1. Detta är andra gången [2] som det begärs ett förhandsavgörande om tolkningen av ett visst begrepp i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet [3] (nedan kallat direktivet eller direktiv 2000/78). [4]

2. I detta direktiv förbjuds diskriminering på olika grunder, däribland funktionshinder. I föreliggande fall handlar det om tolkningen av begreppet funktionshinder. Detta begrepp definieras inte i direktivet. Frågorna ställs mot bakgrund av en sjuk arbetstagare som blev uppsagd under sin sjukskrivning. Mer konkret ställs frågan huruvida sjukdom kan betraktas som ett funktionshinder inom ramen för detta direktiv, och om så inte är fallet om diskriminering på grund av sjukdom åtminstone faller inom direktivets tillämpningsområde.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

3. Artikel 13.1 EG lyder på följande sätt:

"Utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i detta fördrag och inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen, kan rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning."

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — Domstolen har yttrat sig över detta direktiv i domen av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2004, s. I-9981).

3 — EGT L 303, s. 16.

4 — Detta direktiv är också föremål för fördragsbrottstalan som kommissionen har inlett mot ett antal medlemsstater på grund av att de inte har införlivat direktivet i tid. Den första domen i dessa mål är domen av den 20 oktober 2005 i mål C-70/05, kommissionen mot Luxemburg (inte publicerat i rättsfallssamlingen). Även frågan om obefogad särbehandling på grund av ålder i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78 behandlades i domen i målet Mangold (ovan fotnot 2).

4. Direktiv 2000/78 antogs på grundval av artikel 13 EG. I artikel 1 i detta direktiv framgår att syftet med direktivet är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.

5. I skäl 17 i ingressen anges:

"Detta direktiv innebär inte något krav på att anställa, befordra, utbilda eller ge fortsatt anställning åt en person som saknar kompetens eller förmåga eller som inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter eller följa en given utbildning, skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder påverkas dock inte."

6. I artikel 3 i direktivet föreskrivs:

"1. Inom ramen för gemenskapens befogenheter skall detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande:

...

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

..."

7. Artikel 5 i direktivet lyder på följande sätt:

"För att garantera principen om likabehandling för personer med funktionshinder skall rimliga anpassningsåtgärder vidtas. Detta innebär att arbetsgivaren skall vidta de åtgärder som behövs i det konkreta fallet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning, såvida sådana åtgärder inte medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Om denna börda i tillräcklig grad kompenseras genom åtgärder som redan ingår i den berörda medlemsstatens politik för personer med funktionshinder bör den inte anses oproportionerlig."

8. I fjärde skälet i rådets rekommendation 86/379/EEG av den 24 juli 1986 om anställning av personer med funktionshinder i gemenskapen [5] anges att

"... med 'personer med funktionshinder' avses i denna rekommendation alla personer

5 — EGT L 225, s. 43.

med svåra funktionshinder till följd av fysiska, psykiska eller mentala sjukdomar."

9. Punkt 26 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter av den 9 december 1989 lyder på följande sätt:

"Alla personer med funktionshinder, oavsett deras funktionshinders orsak och typ, skall ha rätt till konkreta, kompletterande åtgärder för att främja deras integrering i samhället och i arbetslivet.

Åtgärderna skall, beroende på de berörda personernas förmåga, särskilt inriktas på yrkesutbildning, ergonomi, tillgänglighet, rörlighet, transportmedel och bostäder."

B — *Nationell rätt*

10. I artikel 14 i den spanska författningen föreskrivs att alla spanjorer skall vara lika inför lagen och att det inte får göras skillnad på grund av härkomst, ras, kön, religion, övertygelse eller andra personliga eller sociala situationer eller omständigheter.

11. De grundläggande arbetsrättsbestämmelserna återfinns i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare, nedan kallad ET). Av artikel 55.3 ET framgår att en uppsägning kan vara rättsenlig, rättsstridig eller ogiltig.

12. I artikel 55.4 ET anges att en uppsägning är rättsstridig om de avtalsbrott som läggs arbetstagaren till last inte kan styrkas eller vid formfel.

13. I artikel 55.5 ET föreskrivs att en uppsägning är ogiltig om den sker av någon av de orsaker som utgör sådan diskriminering som är förbjuden enligt konstitutionen eller annan lag eller som sker i strid med arbetstagarens grundläggande rättigheter och allmänna friheter.

14. Av artikel 55.6 ET följer att en ogiltig uppsägning innebär att arbetstagaren omedelbart skall återfå sin tjänst och att icke erhållen lön skall utbetalas.

15. Följderna av en rättsstridig uppsägning anges i artikel 56 ET. Enligt denna bestämmelse innebär rättsstridigheten — förutom om arbetsgivaren beslutar att arbetstagaren skall återfå sin tjänst — att arbetstagaren förlorar sin tjänst, varvid en ersättning betalas ut.

16. Artikel 17.1 ET har ändrats genom lag nr 62/03, som trädde i kraft den 1 januari 2004 och varigenom direktiv 2000/78 införlivades med spansk rätt. Artikel 17.1 ET har numera följande lydelse:

"Författningsföreskrifter, kollektivavtalsbestämmelser, individuella avtal och ensidiga beslut som fattas av arbetsgivaren är ogiltiga och utan verkan om de innebär direkt eller indirekt negativ diskriminering på grund av ålder eller funktionshinder eller positiv eller negativ diskriminering vid anställning samt, när det gäller lön, arbetstid och andra arbetsvillkor, på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, civilstånd, social ställning, religiös eller politisk övertygelse, sexuell läggning, medlemskap i fackförening och anslutning till fackliga avtal, släktskap med andra arbetstagare i företaget eller språk inom spanska staten

..."

17. I den sistnämnda bestämmelsen definieras och preciseras inom ramen för arbetsförhållanden principen om likhet inför lagen och det förbud mot diskriminering som har fastställts i den spanska rättsordningen och som anges i artikel 14 i den spanska författningen.

III — Målet i den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

A — *Bakgrund till begäran om förhandsavgörande*

18. Sonia Chacón Navas var anställd av Eurest Colectividades SA (nedan kallat Eurest), ett företag som är verksamt inom storhushållssektorn. Hon är sjukskriven sedan den 14 oktober 2003 och erhåller ersättning för tillfällig arbetsoförmåga.

19. I en skrivelse av den 28 maj 2004 meddelade Eurest, utan att ange skäl, att hennes anställning sades upp per den 31 maj 2004. I uppsägningsskrivelsen medgav Eurest att uppsägningen var rättsstridig i den mening som avses i artikel 56 ET och erbjöd henne därför ett skadestånd.

20. Sonia Chacón Navas, som inte godtog uppsägningen, överklagade sin uppsägning till domstol. I sitt överklagande av den 29 juni 2004 anförde hon att uppsägningen var ogiltig på grund av särbehandling och diskriminering, eftersom hon hade varit sjukskriven och tillfälligt arbetsoförmögen i åtta månader. Hon krävde att hon skulle återfå sin tjänst.

21. Vid den utfrågning som hölls den 16 september 2004 anförde Eurest att sökanden inte hade kommit med ett enda bevis som tydde på diskriminering och kränkning av de grundläggande rättigheterna. Sonia Chacón Navas upprepade det som hon hade anfört i sitt överklagande: hon var sjukskriven från och med den 14 oktober 2003 (av handlingarna i målet i den nationella domstolen framgår att hon väntar på en operation) och menade att det fanns tillräckligt med bevis för att uppsägningen skulle betraktas som diskriminering.

22. Den 21 september 2004 bad den nationella domstolen om ett medicinskt utlåtande från sjukvårdsförvaltningen om den tillfälliga arbetsoförmåga som Sonia Chacón Navas lider av, framför allt vilket datum hon sjukskrevs och huruvida hon fortfarande var sjukskriven. Som svar på denna förfrågan bekräftade IMSALUD den 11 november 2004 att Sonia Chacón Navas sjukskrevs den 14 oktober 2003 och att hon inte antas kunna återvända till arbetet inom den närmaste framtiden.

23. Sonia Chacón Navas har visat att hon blev uppsagd av Eurest medan hon var sjukskriven, och arbetsgivaren har varken påstått eller anfört bevis för att det fanns giltiga skäl för uppsägningen. Av den omvända bevisbördan följer, enligt den nationella domstolen, därför att Sonia Chacón Navas blev uppsagd enbart på grund av att hon var sjukskriven.

24. Den nationella domstolen påpekade att i enlighet med spansk rättspraxis betraktas denna typ av uppsägning som rättsstridig och inte som ogiltig. Detta framgår av domen från Tribunal Supremo (Spaniens högsta domstol) av den 29 januari 2001. Alla höga rättsinstanser har därefter anslutit sig till denna lösning. Skälen till detta är att det i den spanska lagstiftningen saknas en uttrycklig bestämmelse om att den personliga omständigheten "sjukdom" kan anföras som relevant för att förhindra diskriminerande praxis som grundar sig på denna omständighet och göra det obligatoriskt att tillämpa förbudet mot diskriminering i förbindelser mellan privatpersoner.

25. Den nationella domstolen anser att det eventuellt faller på gemenskapens primär- och sekundärrätt, framför allt direktiv 2000/87, att ge ett sådant skydd.

26. Den nationella domstolen frågar sig om det finns ett särskilt samband mellan "funktionshinder" och "sjukdom". Enligt domstolen kan det i denna fråga hänvisas till den internationella klassifikation av funktionstillstånd, funktionshinder och hälsa (nedan kallad ICF) som Världshälsoorganisationen (WHO) har utarbetat. Funktionshinder används i ICF som ett övergripande begrepp, som omfattar nedsättningar och aktivitetsbegränsningar eller delaktighetsinskränkningar, för att beteckna de negativa aspekterna av interaktionen mellan en person med en given hälsobetingelse och denna persons kontextuella faktorer, omgivningsfaktorer och personliga faktorer.

27. Den nationella domstolen konstaterade att sjukdom ingår bland de hälsobetingelser som kan orsaka nedsättningar som medför

ett funktionshinder hos en person. Enligt domstolen bör skyddet mot diskriminerande behandling på grund av funktionshinder även gälla från och med den tidpunkt då sjukdomen fastställs. Mot bakgrund av att en sjukdom kan leda till ett funktionshinder skulle det motsatta fallet innebära att det skydd som lagstiftaren har avsett att införa avsevärt skulle försvagas och det skulle finnas risk för okontrollerad diskriminering.

28. För det fall sjukdom och funktionshinder däremot skall anses vara åtskilda begrepp och direktiv 2000/78 därför inte kan tillämpas på det förstnämnda begreppet, frågar sig den nationella domstolen om de övergripande skyddsbestämmelserna i direktivet i så fall även skall anses omfatta den personliga omständigheten sjukdom, vid sidan om den i direktivet omnämnda personliga omständigheten funktionshinder.

B — *Tolkningsfrågorna*

29. Mot bakgrund av den tvekan som finns om den rätta tolkningen har Juzgado de lo Social nr. 33 de Madrid (Spanien) beslutat att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen med svar på följande tolkningsfrågor:

"1) Skall artikel 1 i direktiv 2000/78, i vilken det fastställs en allmän ram för bekämpning av diskriminering på grund av funktionshinder, tolkas på så sätt att direktivets skyddsområde omfattar en kvinnlig arbetstagare som har blivit uppsagd enbart på grund av sjukdom?

2) För det fall sjukdomstillstånd inte skall anses omfattas av det i direktiv 2000/78 föreskrivna skyddet mot diskriminering på grund av funktionshinder och den första frågan besvaras nekande, önskas svar på följande fråga: Kan sjukdom anses utgöra en ytterligare personlig omständighet som skall omfattas av diskrimineringsförbudet i nämnda direktiv?"

C — *Domstolsförfarandet*

30. I detta förfarande har skriftliga yttranden inkommit från Eurest, den tyska regeringen, den nederländska regeringen, den österrikiska regeringen, den spanska regeringen, den tjeckiska regeringen, Förenade kungarikets regering samt från kommissionen.

IV — Bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

31. I sina skriftliga yttranden har svaranden och kommissionen anfört att det finns skäl att inte ta upp den nationella domstolens frågor till sakprövning.

32. Enligt svaranden i målet i den nationella domstolen kan frågorna inte tas upp till sakprövning, eftersom Tribunal Supremo redan tidigare har fastställt att uppsägning av en arbetstagare som är sjukskriven på grund av sjukdom inte utgör en sådan förbjuden diskriminering.

Kommissionen betvivlar att frågorna kan tas upp till sakprövning, eftersom den redogörelse av de faktiska omständigheter som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande, som återfinns i beslutet om hänskjutande, har så stora luckor att det inte går att ge det precisa svar på frågorna som krävs för att lösa tvisten i den nationella domstolen. Det saknas framför allt varje form av indikation på huruvida sjukdomens art och förväntade förlopp på förhand gör det omöjligt att fastställa om det i det aktuella fallet är fråga om ett funktionshinder.

33. Jag anser att svarandens argument mot att ta upp frågorna till sakprövning inte håller. Att Tribunal Supremo har fastslagit att uppsägning på grund av sjukdom inte faller under förbudet mot diskriminerande behandling på grund av funktionshinder kan inte medföra att frågorna inte kan tas upp till sakprövning. Syftet med dessa är just att få svar på tillämpningsområdet för det diskrimineringsförbud som anges i direktiv 2000/78. Skulle detta även omfatta långvarig sjukdom skulle detta kunna få konsekvenser för tolkningen och tillämpningen av relevant spansk lagstiftning i det aktuella målet i den nationella domstolen.

34. Vid första påseende verkar kommissionens argument väga tyngre. Redogörelsen för de faktiska omständigheterna, särskilt Sonia Chacón Navas sjukdoms art, svårighetsgrad och varaktighet, är verkligen mycket summarisk i beslutet om hänskjutande. Kommissionen har analyserat handlingarna i målet i den nationella domstolen men detta ger inte mycket mer underlag.

35. Trots detta anser jag att det av motiveringen i begäran om förhandsavgörande mycket tydligt framgår varför den nationella domstolen behöver närmare stöd vid tillämpningen av förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i direktiv 2000/78 på de faktiska omständigheter utifrån vilka den nationella domstolen måste fatta sitt beslut.

I den spanska arbetsrätten är det stor skillnad på konsekvenserna av en oriktig uppsägning på grund av sjukdom och en oriktig uppsägning på grund av funktionshinder – i det första fallet betraktas uppsägningen som rättsstridig, där arbetstagaren har rätt till ersättning, och i det andra fallet betraktas uppsägningen som ogiltig, vilket får till följd att arbetstagaren omedelbart måste återfå sin tjänst och att icke erhållen lön skall utbetalas. Därför är den begärda tolkningen av det materiella tillämpningsområdet för det gemenskapsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder säkert relevant för den nationella domstolens beslut.

36. Det faktum att sex medlemsstater har inkommit med skriftliga yttranden, vars innehåll helt och hållet behandlar detta måls särskilda kontext, gör det också lättare att sluta sig till att beslutet om hänskjutande gav dem ett fullgott underlag. Även för kommissionen utgjorde formuleringen av beslutet om hänskjutande uppenbarligen inget hinder för att få tolkningsfrågorna besvarade i sak.

37. Jag anser därför att det inte finns några starka argument mot att ta upp de aktuella tolkningsfrågorna till sakprövning.

B — *Inledande synpunkter*

1. Artikel 13 som rättslig grund för direktiv 2000/78

38. I begäran om förhandsavgörande hänvisas det förutom till artikel 13 EG, som rättslig grund för direktiv 2000/78, även till artiklarna 136 EG och 137 EG. Den nationella domstolen verkar därmed mena att även dessa bestämmelser har betydelse för svaret på de frågor som ställts.

39. Jag håller inte med om detta. Av ingressen till direktiv 2000/78 framgår att direktivet uteslutande grundas på artikel 13 EG.

40. Artikel 13 EG infördes i EG-fördraget genom Amsterdamfördraget. Genom denna bestämmelse ges gemenskapen befogenhet att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

41. Av ordalydelsen "utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna" framgår att artikel 13 EG har en subsidiär karaktär. Härav följer vidare att för att anta åtgärder på grundval av artikel 13 EG får inte andra fördragsbestämmelser kunna komma i fråga som rättslig grund.

42. När det mer specifikt handlar om skydd av funktionshindrade personer på arbetsmarknaden skulle därför även artikel 137 EG kunna användas som rättslig grund. I denna ges gemenskapen befogenhet att vidta åtgärder för att understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet, bland annat kampen mot social utslagning (artikel 137.1 j EG).

43. Denna rättsliga grund har en helt annan karaktär än den i artikel 13 EG. I artikeln skapas en rättslig grund för en kompletterande harmonisering av underavdelningar av

medlemsstaternas socialpolitik. Härigenom är såväl tillämpningsområdet med avseende på person som det materiella tillämpningsområdet större än för artikel 13 EG, eftersom socialpolitiska åtgärder även är tillämpliga på andra kategorier av "utestängda" personer än dem som avses i artikel 13 EG och kan ha andra syften än att utgöra ett rent diskrimineringsförbud.

44. Att tillämpningsområdet skiljer sig åt återspeglas även i de typer av åtgärder som kan vidtas på grundval av artikel 137.1 j EG. Det kan exempelvis röra sig om särskilda stimulansåtgärder eller skyddsåtgärder för att stoppa vissa former av utslagning, vilka medlemsstaterna måste införliva med sin nationella lagstiftning. Det i artikel 13 EG angivna förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder, såsom det fastställs i direktiv 2000/78, innehåller ett allmänt kvalitativt villkor, som medlemsstaterna är bundna till i sin lagstiftning och sina beslut på arbetslivsområdet avseende personer med funktionshinder och som även gäller i det horisontella förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare på arbetsmarknaden.

45. Därför är valet av artikel 13 EG som den enda rättsliga grunden för ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder ett korrekt val. De frågor som har ställts måste således besvaras mot bakgrund av denna artikels ordalydelse och tillämpningsområde.

2. Tolkningen av artikel 13 EG och direktiv 2000/78

46. Av förarbetena till och ordalydelsen i artikel 13 EG framgår att fördragsförfattarna var återhållsamma vid utarbetandet av denna kompletterande icke-diskrimineringsbestämmelse. De inledande förslagen om en sådan bestämmelse begränsades ytterligare efter ingåendet av Amsterdamfördraget.[6]

47. Återhållsamheten syns i ordalydelsen i artikel 13 EG.

För det första omfattar artikeln endast en rättslig grund för att vidta "lämpliga åtgärder".

För det andra är uppräkningen av på vilka grunder diskriminering är förbjudet uttömmande. Detta är en skillnad mot traditionella människorättsfördrag och exempelvis artikel II-81 i det konstitutionella fördraget, där katalogerna över förbjudna diskriminerings-

6 — Se bl.a. M. Bell och L. Waddington, The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article, 25 *Industrial Law Journal* (1996), s. 302–326; R. Barents, *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer 1997, s. 40–43, och Olivier de Schutter, "Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam", i Yves Lejeune (ed.), *Le Traité d'Amsterdam*, Bryssel 1999, s. 154–188, särskilt s. 184–187.

grunder har formulerats på ett icke uttömmande sätt.

Den begränsning som, för det tredje, ligger i den subsidiära karaktären påtalades redan tidigare ovan.

För att tillämpa artikel 13 EG krävs det för det fjärde att de åtgärder som övervägs faller "inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen".

48. Jag anser att det finns starka skäl för att vid tolkningen av artikel 13 EG och av de "lämpliga åtgärder" som vidtagits på grundval av denna artikel, såsom i detta fall direktiv 2000/78, ta hänsyn till de däri angivna definitionerna och avgränsningarna. Dessa är en förhållandevis aktuell spegling av fördragsförfattarnas och gemenskapslagstiftarens uttryckliga vilja.

49. Förutom dessa argument utifrån fördragets bakgrund och språkliga utformning finns det emellertid även innehållsmässiga argument som talar mot en vid tolkning.

50. Syftet med vissa av de diskrimineringsförbud som anges i artikel 13 EG, exempelvis diskriminering på grund av ålder och funktionshinder, medför att fastställandet av en förbjuden formell särbehandling fortfarande måste åtföljas av det materiella anspråket på likabehandling vad gäller möjligheten att bedriva ett yrke eller en verksamhet, lika arbetsförhållanden, tillgång till särskild utbildning eller åtgärder som kompenserar eller mildrar effekterna av ålder eller funktionshinder. Med tanke på de potentiellt långtgående ekonomiska och finansiella konsekvenserna som ett sådant diskrimineringsförbud kan få för det horisontella förhållandet mellan medborgarna och det vertikala förhållandet mellan offentliga myndigheter och berörda medborgare, brukar den nationella lagstiftaren mycket noga ange tillämpningsområdet för sådana diskrimineringsförbud — inbegripet berättigade undantag och begränsningar samt de rimliga åtgärder som ställs till förfogande för kompenserande åtgärder.

51. Det närmare fastställandet av ramarna för förbudet mot diskriminering på grund av ålder och funktionshinder i direktiv 2000/78, särskilt i artiklarna 5 och 6, tyder på att även gemenskapslagstiftaren är medveten om de potentiellt långtgående ekonomiska och finansiella konsekvenserna.

52. De definitioner och avgränsningar som anges i direktiv 2000/78 måste tas på allvar.

De ekonomiska och finansiella effekterna av förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder gäller framför allt på områden som visserligen omfattas av fördraget, men där gemenskapen har på sin höjd delad men oftast kompletterande befogenhet. Detta gäller sysselsättningspolitiken, där gemenskapen har en lätt samordnande befogenhet, som anges i artiklarna 125–130 EG, och socialpolitiken, där enligt lydelsen i artikel 137.1 första meningen EG gemenskapen skall "understödja och komplettera" medlemsstaternas verksamhet på en rad delområden. Även på de i detta sammanhang relevanta områdena undervisning, yrkesutbildning (artiklarna 149 EG och 150 EG) och folkhälsa (artikel 152 EG) är gemenskapens befogenheter av en liknande kompletterande karaktär.

53. Av detta sluter jag mig till att domstolen måste respektera de val som gemenskapslagstiftaren gjort i tillämpningsbestämmelserna till artikel 13 EG vad gäller definitionen av förbudet mot diskriminering och avgränsningarna av detta förbud materiellt och avseende personkrets och inte får utvidga denna definition genom att hänvisa till den allmänna begränsningen i denna artikel "inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen". Jag anser att det finns ännu mindre utrymme för att utvidga det materiella tillämpningsområdet för artikel 13 EG genom att hänvisa till den allmänna principen om likabehandling.

54. En så vid tolkning av artikel 13 EG och av de bestämmelser som gemenskapslagstiftaren har utfärdat för att genomföra denna artikel får till följd att det skapas en situation där de i artikel 13 EG angivna förbuden mot diskriminering kan användas för att, utan ingripande från de fördragsslutande parterna eller gemenskapslagstiftaren, korrigera de avvägningar som medlemsstaterna har gjort vid utövandet av de befogenheter som de — än så länge — har kvar. Med tanke på att befogenheternas tyngdpunkt enligt EG-fördraget ligger kvar hos medlemsstaterna, också om gemenskapskompetensen skall realiseras av gemenskapslagstiftaren, är detta ett oönskat resultat såväl med hänsyn till fördragets systematik som till den institutionella jämvikten.

55. I övrigt kan följande noteras. För att i praktiken tillämpa dessa, här relevanta, diskrimineringsförbud måste lagstiftaren fortfarande göra smärtsamma, om inte tragiska, val vid avvägningen mellan olika parters intressen, exempelvis funktionshindrade eller äldre arbetstagares rättigheter gentemot en smidigt fungerande arbetsmarknad eller en ökning av de äldre åldersgruppernas delaktighetsgrad. Inte sällan behövs finansiell kompensation vid tillämpningen av dessa diskrimineringsförbud, vars skälighet även är avhängig tillgängliga offentliga medel eller den allmänna välståndsnivån i de relevanta medlemsstaterna. Dessa avvägningar på nationell nivå äger inte rum i ett rättsstatligt vakuum. De brukar i regel även testas mot de nationella konstitutionella grundläggande rättigheterna och mot relevanta bestämmelser i internationella människorättsfördrag.

Mot bakgrund av detta måste domstolen i egenskap av gemenskapsdomstol verkligen förfoga över en oantastlig och suverän kompetensgrund om den vill korrigera de beslut som en nationell lagstiftare, som för övrigt handlar inom ramen för sina befogenheter, har fattat inom ramen för nödvändiga nationella konstitutionella och folkrättsliga villkor.

56. Mot bakgrund av ovanstående förespråkar jag således en snävare tolkning och tillämpning av direktiv 2000/78 än den som domstolen förespråkade i sin dom i målet Mangold. [7] Härmed föregår jag svaret på den andra frågan från den nationella domstolen.

3. Begreppet funktionshinder som gemenskapsrättsligt begrepp

57. Begreppet funktionshinder är ett obestämt rättsbegrepp som vid den praktiska tillämpningen är öppet för många tolkningar. Det faktum att begreppet förekommer i artikel 13 EG, som avser förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder, ett förbud som därefter har realiserats och utarbetats närmare i direktiv 2000/78, gör att detta begrepp måste ges ett gemenskapsrättsligt innehåll.

58. Detta är särskilt viktigt då begreppet funktionshinder som läkarvetenskapligt begrepp, men även i sin sociala betydelse, är föremål för en relativt snabb utveckling. Det kan därför inte uteslutas att vissa fysiska eller psykiska brister betraktas som "funktionshinder" i en samhällskontext men inte i en annan.

59. Å ena sidan kan föränderligheten och den kontextuella känsligheten i begreppet "funktionshinder" leda till stora skillnader i tolkningen och tillämpningen av förbudet mot diskriminering. Detta talar för en enhetlig tolkning. Å andra sidan manar den kombination av dynamik och variation som visar sig i den vetenskapliga uppfattningen och samhällets bemötande av företeelsen funktionshinder till försiktighet i strävan efter enhetlighet. Jag återkommer till detta.

60. Under de gångna två hundra årens sociala historia har kretsen av personer som betraktas som funktionshindrade utan tvekan blivit större. Detta hänger samman med den dramatiskt förbättrade folkhälsan i samhällen med en högre välståndsnivå. Denna utveckling medförde att alla som inte gynnades av detta, för att de var funktionshindrade på grund av mer eller mindre bestående fysiska eller psykiska sjukdomar, blev mer synliga.

61. Den vetenskapliga utvecklingen på det biomedicinska området har lett till bättre

7 — Se hänvisning ovan i fotnot 2.

insikter om de fysiska och psykiska sjukdomar som ligger till grund för funktionshinder. Den har även bidragit till en utvidgning av begreppet funktionshinder. En större sårbarhet för allvarliga sjukdomar till följd av en genetisk defekt kan medföra ansenliga begränsningar för berörda personer.

62. Det sista exemplet visar att även den särskilda samhällskontext i vilken de funktionshindrade personerna rör sig kan vara betydelsefull för bedömningen av frågan huruvida de betraktas som sådana. Så länge som den genetiska defekten inte har konstaterats utsätts personen i fråga inte för diskriminering. Detta kan omedelbart ändras efter det att en genetisk defekt har blivit känd, genom att arbetsgivare eller försäkringsbolag inte vill ta den ökade risk som det innebär att anställa eller försäkra personen i fråga.

63. Som ett av de kännetecken med vilket man i litteraturen särskiljer funktionshinder från sjukdom nämns ofta den fysiska eller psykiska defektens bestående karaktär. I de flesta fall ger detta ett tillräckligt stöd. Det finns emellertid sjukdomar som har ett gradvist förlopp som under en längre period medför svåra funktionsförluster för patienter, vilket gör det så svårt för dem att fungera i samhällslivet att de inte väsentligen skiljer sig från "bestående" funktionshinder.

64. Ovanstående leder mig till slutsatsen att begreppet funktionshinder i direktiv 2000/78 är ett gemenskapsrättsligt begrepp som inom gemenskapens rättsordning skall ges en självständig och enhetlig tolkning, vilket skall göras under hänsynstagande till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga. [8]

65. Att begreppet funktionshinder i detta direktiv skall tolkas enhetligt inom gemenskapen är även motiverat utifrån innehållsmässiga grunder, även om det bara rör sig om att säkerställa ett minimum av nödvändig enhetlighet vad gäller det personliga och materiella tillämpningsområdet för diskrimineringsförbudet. Kretsen av skyddade personer och avgränsningen av de funktionsbegränsningar som skall beaktas får inte skilja sig åt. I annat fall skulle det skydd som ges genom diskrimineringsförbudet variera inom gemenskapen.

66. Vid utarbetandet av en enhetlig tolkning av begreppet funktionshinder måste trots detta hänsyn tas till den ovan angivna dynamiken i samhällets uppfattning om företeelsen "funktionshinder" som funktionell begränsning till följd av en fysisk eller psykisk defekt, utvecklingen av den medicinska och biomedicinska kunskapen och de

8 — Se bland annat dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, EKRO (REG 1984, s. 107), punkt 11, av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster (REG 2000, s. I-6917), punkt 43, av den 9 november 2000 i mål C-357/98, Yiadom (REG 2000, s. I-9265), punkt 26, av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251), punkt 23, av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 35, och av den 27 november 2003 i mål C-497/01, Zita Modes (REG 2003, s. I-14393), punkt 34.

stora kontextuella skillnaderna i bedömningen av en mängd olika funktionshinder.

67. Detta talar för att inte sträva efter mer eller mindre uttömmande och fasta definitioner av begreppet funktionshinder. EG-domstolens tolkning av begreppet måste ge den nationella domstolen gemenskapsrättsliga kriterier och anknytningspunkter med vars hjälp den kan hitta en lösning på den rättsfråga som den har att ta ställning till. [9]

68. På så sätt säkerställs en konsekvent tolkning och tillämpning inom gemenskapen av begreppet funktionshinder, utan att detta begrepps öppna karaktär hotas. I detta hänseende delar jag den uppfattning som den nederländska regeringen har fört fram i frågan. [10]

4. Funktionshinder, diskriminering och kompensation

69. Under årens lopp har lagstiftaren i de europeiska sociala rättsstaterna skyddat personer med funktionshinder på tre sätt.

70. Redan vid upprättandet av de sociala trygghetssystemen infördes särskilda åtgärder för personer som på grund av arbetsolyckor blev permanent invalidiserade och inte längre kunde arbeta. Senare skapades genom sociala förmåner ett försörjningsstöd för personer som på grund av sitt funktionshinder inte kunde försörja sig.

71. Att funktionshinder inte får utgöra en grund för obefogad diskriminering på arbetsmarknaden eller någon annanstans i samhället är en uppfattning som gradvis vunnit insteg efter andra världskriget. Detta har lett till en för diskriminering på grund av funktionshinder anpassad precisering av principen om likabehandling. I gemenskapsrätten kommer detta till uttryck i artikel 13 EG och direktiv 2000/78.

72. Utvecklingen av läkarvetenskapen i kombination med de växande tekniska möjligheterna har gjort att i många fall där det tidigare var befogat med positiv särbehandling av funktionshindrade personer på arbetsmarknaden och på andra ställen i samhället, för att de inte — längre — uppfyllde de krav som gällde för ett visst yrke eller verksamhet, går det att hitta en sådan kompensation för förlusten och/eller

9 — Detta stämmer för övrigt överens med domstolens fasta rättspraxis vad gäller karaktären av samspelet mellan gemenskapsdomstolen och den nationella domstolen. Se härom dom av den 4 februari 1964 i mål 20/64, Albatros (REG 1964, s. 40).

10 — Den nederländska regeringen har särskilt anfört att begreppets öppna karaktär gör att en strikt definition inte är nödvändig, eller ens önskvärd. Enligt denna regering avgörs innebörden av vad ett funktionshinder är i slutändan genom omständigheterna i det konkreta fallet (punkt 23 i det skriftliga yttrandet).

begränsning av de därav följande hindren att de — åter — kan fortsätta hela eller delar av sin verksamhet eller sina aktiviteter.

73. De ökade möjligheterna att kompensera för funktionshinder, eller för att begränsa följderna av funktionshinder, innebär att det blir färre fall där det är befogat med särbehandling på denna grund. Denna positiva baksida i form av skyldigheter för arbetsgivaren från det i princip negativa diskrimineringsförbudet återfinns i artikel 5 i direktiv 2000/78. [11]

74. Mot bakgrund av dessa fyra inledande anmärkningar skall jag nedan försöka att besvara de tolkningsfrågor som har ställts.

C — *Första tolkningsfrågan*

75. Av mina tredje och fjärde inledande anmärkningar ovan är det lätt att härleda svaret på den första tolkningsfrågan.

11 — I denna bestämmelse kommer innehållet i punkt 26 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, återgett ovan i punkt 9 i detta förslag till avgörande, till uttryck.

76. Personer med funktionshinder är personer med svåra funktionsnedsättningar (funktionshinder) till följd av fysiska, psykiska eller mentala sjukdomar.

77. Härav följer två saker:

— De berörda personerna måste ha nedsättningar som orsakas av ett hälsoproblem eller en fysiologisk missbildning som antingen är av långvarig eller permanent karaktär.

— Det hälsoproblem som är orsaken till funktionsnedsättningen skall i princip skilja sig från själva nedsättningen.

78. Följaktligen kan en sjukdom som orsakar ett eventuell framtida funktionshinder i princip inte jämställas med ett funktionshinder. Den ger således ingen anknytningspunkt för ett förbud mot diskriminering i den mening som avses i artikel 13 EG och direktiv 2000/78.

79. Undantag från detta görs endast om det under sjukdomsförloppet uppstår långvariga eller bestående funktionsnedsättningar, som även med tanke på den ännu pågående sjukdomen kan betraktas som funktionshinder.

80. Uppsägning på grund av sjukdom kan således endast medföra en i direktiv 2000/78 förbjuden diskriminering på grund av funktionshinder om personen i fråga kan göra det troligt att inte själva sjukdomen, utan den långvariga och bestående nedsättning som sjukdomen resulterat i, är den egentliga grunden för uppsägningen.

81. För fullständighetens skull tillfogar jag att rent hypotetiskt kan uppsägningen ändå vara befogad, om de relevanta funktionsnedsättningarna – funktionshindret — omöjliggör eller allvarligt begränsar utövandet av yrket eller verksamheten i fråga. [12]

82. Uppsägningen är emellertid endast tillåten om arbetsgivaren saknar rimliga medel för att mildra eller kompensera funktionshindret i fråga på ett sådant sätt att den funktionshindrade personen kan fortsätta att utöva sitt yrke eller sin verksamhet. [13]

12 — Se artikel 4.1 i direktiv 2000/78.
13 — Se artikel 5.1 i direktiv 2000/78.

83. Rimlighetskravet bestäms innehållsmässigt även av de medel som kommer i fråga för de aktuella kostnaderna, kostnadernas proportionalitet om dessa inte ersätts av myndigheterna och den eventuella lindring av eller kompensation för funktionshindret som därigenom sker samt den berörda funktionshindrade personens möjlighet att utöva andra yrken eller verksamheter, för vilka dennes funktionshinder inte skulle utgöra något, eller ett avsevärt mindre, hinder.

D — *Andra tolkningsfrågan*

84. Svaret på den andra tolkningsfrågan kan härledas ur den andra inledande anmärkningen ovan.

— Varken i förarbetena till eller ordalydelsen i artikel 13 EG och direktiv 2000/78 ges möjlighet att göra sjukdom till ett självständigt föremål för ett diskrimineringsförbud.

— Inte heller kan ett sådant diskrimineringsförbud konstrueras som en precisering av den allmänna principen om likabehandling.

V — Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Juzgado de lo Social nr. 33 de Madrid på följande sätt:

"1. En sjukdom som orsakar ett eventuellt framtida funktionshinder kan i princip inte jämställas med ett funktionshinder. Den ger således ingen anknytningspunkt för ett förbud mot diskriminering, i den mening som avses i artikel 13 EG och rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. Undantag från detta görs endast om det under sjukdomsförloppet uppstår långvariga eller bestående funktionsnedsättningar, som även med tanke på den ännu pågående sjukdomen kan betraktas som funktionshinder. I så fall måste personen i fråga göra det troligt att inte själva sjukdomen, utan den långvariga och bestående nedsättning som sjukdomen resulterat i, är den egentliga grunden för uppsägningen.

2. Varken i förarbetena till eller ordalydelsen i artikel 13 EG och direktiv 2000/78 ges möjlighet att göra sjukdom till ett självständigt föremål för ett diskrimineringsförbud. Inte heller kan ett sådant diskrimineringsförbud konstrueras som en precisering av den allmänna principen om likabehandling."