



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

A. RANTOS

fremSAT den 11. november 2021¹

Sag C-485/20

XXXX

mod

HR Rail SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien))

»Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – direktiv 2000/78/EF – ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv – forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap – person, der gennemgår en prøvetid inden for rammerne af sin ansættelse – arbejdstager, som er varigt uarbejdsdygtig i forhold til den stilling, hvortil han er ansat – artikel 5 – tilpasninger i rimeligt omfang – arbejdsgiverens forpligtelse til at omplacere arbejdstageren til en anden stilling, hvor han er kompetent, egnet og disponibel – uforholdsmæssig stor byrde«

I. Indledning

1. En arbejdstager, XXXX (herefter »sagsøgeren«), der er ansat af selskabet HR Rail SA, blev under sin prøvetid varigt ude af stand til at varetage den stilling, hvortil han var blevet ansat, idet der opstod et handicap. Han blev herefter afskediget på grund af uarbejdsdygtighed. Sagsøgeren har anfægtet denne afgørelse, idet han har gjort gældende, at han blev udsat for forskelsbehandling på grund af handicappet.

2. Var arbejdsgiveren i en sådan situation i stedet for at afskedige ham forpligtet til i henhold til direktiv 2000/78/EF² og for at undgå forskelsbehandling på grund af handicap at ansætte sagsøgeren i en anden stilling, hvortil han var kompetent, egnet og disponibel? Dette er i det væsentlige det spørgsmål, som Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien) har forelagt.

3. Dette spørgsmål giver Domstolen anledning til bl.a. at undersøge anvendelsen af dette direktiv på personer, der gennemfører en prøvetid i forbindelse med deres ansættelse, og rækkevidden af begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i nævnte direktivs artikel 5, sammenholdt med De Forenede Nationers konvention om rettigheder for personer med

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000, L 303, s. 16).

handicap, undertegnet i New York den 13. december 2006³, som trådte i kraft den 3. maj 2008 (herefter »FN-konventionen«), og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

II. Retsforskrifter

A. Folkeretten

4. Artikel 1 i FN-konventionen med overskriften »Formål« bestemmer:

»Formålet med denne konvention er at fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre, samt at fremme respekten for deres naturlige værdighed.

Personer med handicap omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.«

5. Konventionens artikel 2 med overskriften »Definitioner« bestemmer i stk. 3 og 4:

»I denne konvention:

[...]

betyder »diskrimination på grund af handicap« enhver sondring, udelukkelse eller begrænsning på grund af et handicap, hvis formål eller virkning er at svække eller ophæve den ligelige anerkendelse, nydelse eller udøvelse af alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på det politiske, økonomiske, sociale, kulturelle, civile eller et hvilket som helst andet område. Dette omfatter alle former for diskrimination, herunder nægtelse af rimelig tilpasning,

betyder »rimelig tilpasning« nødvendige og passende ændringer og justeringer, som ikke indebærer en uforholdsmæssig stor eller unødvendig byrde, når dette er nødvendigt i et konkret tilfælde for at sikre, at personer med handicap kan nyde eller udøve alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre.«

6. Nævnte konventions artikel 5 med overskriften »Lighed og ikke-diskrimination« fastsætter i stk. 3:

»Med henblik på at fremme lighed og afskaffe diskrimination skal deltagerstaterne tage alle passende skridt til at sikre, at der tilvejebringes rimelig tilpasning.«

³ – *UN Treaty Series*, bind 2515, s. 3.

7. Artikel 27, stk. 1, i samme konvention med overskriften »Arbejde og beskæftigelse« har følgende ordlyd:

»Deltagerstaterne anerkender retten for personer med handicap til at arbejde på lige fod med andre, hvilket omfatter retten til at kunne tjene til livets ophold ved beskæftigelse, som de selv frit vælger eller påtager sig på et arbejdsmarked og i et arbejdsmiljø, der er åbent, inkluderende og tilgængeligt for personer med handicap. Deltagerstaterne skal sikre og fremme virkeliggørelsen af retten til arbejde, herunder for personer, der får et handicap i forbindelse med deres beskæftigelse, ved at tage passende skridt, herunder gennem lovgivning, til bl.a.:

a) at forbyde diskrimination på grund af handicap i alle forhold vedrørende alle former for beskæftigelse, herunder betingelser for rekruttering, ansættelse og beskæftigelse, fortsat beskæftigelse, karrieremuligheder og sikre og sunde arbejdsforhold,

[...]

h) at fremme beskæftigelsen af personer med handicap i den private sektor gennem passende politikker og foranstaltninger, som kan omfatte ordninger med positiv særbehandling, incitamentsordninger og andre foranstaltninger,

i) at sikre, at rimelig tilpasning ydes til personer med handicap på arbejdspladsen,

[...]«

8. FN-konventionen blev godkendt på vegne af Det Europæiske Fællesskab ved afgørelse 2010/48/EF⁴.

B. EU-retten

9. Følgende fremgår af 16., 17., 20. og 21. betragtning til direktiv 2000/78:

»(16) Iværksættelse af foranstaltninger, der tager hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen, spiller en vigtig rolle i bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap.

(17) 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.

[...]

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

⁴ – Rådets afgørelse af 26.11.2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De forenede nationers konvention om handicappedes rettigheder (EUT 2010, L 23, s. 35).

(21) Når det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte.«

10. Dette direktivs artikel 1, der har overskriften »Formål«, fastsætter følgende:

»Formålet med dette direktiv er, 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.«

11. Det nævnte direktivs artikel 2 med overskriften »Begrebet forskelsbehandling« fastsætter i stk. 1:

»I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.«

12. Samme direktivs artikel 3, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer følgende i stk. 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:

- a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse
- b) adgang til alle typer af og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, herunder praktisk arbejds erfaring
- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

[...]«

13. Artikel 5 i direktiv 2000/78 med overskriften »Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang« bestemmer:

»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.«

14. Direktivets artikel 7 med overskriften »Positiv særbehandling og særforanstaltninger« har følgende ordlyd:

»1. For at sikre fuld ligestilling i arbejdslivet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde.

2. For så vidt angår handicappede er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integration.«

C. Belgisk ret

15. Artikel 3 i loven af 10. maj 2007 om bekæmpelse af visse former for forskelsbehandling⁵ i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »loven af 10. maj 2007«), bestemmer:

»Denne lov har til formål inden for de i artikel 5 omhandlede områder at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af alder, seksuel orientering, civilstand, fødsel, formue, religiøs eller filosofisk overbevisning, politisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, sprog, aktuel eller fremtidig helbredstilstand, handicap, fysisk eller genetisk egenskab eller social oprindelse.«

16. Lovens artikel 4 foreskriver:

»Ved anvendelsen af denne lov forstås ved:

[...]

4° Beskyttede kriterier: alder, seksuel orientering, civilstand, fødsel, formue, religiøs eller filosofisk overbevisning, politisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, sprog, aktuel eller fremtidig helbredstilstand, et handicap, en fysisk eller genetisk egenskab, social oprindelse.

[...]

12° Tilpasninger i rimeligt omfang: hensigtsmæssige foranstaltninger, der er truffet efter deres nødvendighed i en konkret situation med henblik på at gøre det muligt for en handicappet person at tilgå, deltage i og avancere inden for de områder, hvorpå denne lov finder anvendelse, undtagen hvis disse foranstaltninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde for den person, der skal iværksætte dem. Denne byrde er ikke uforholdsmæssig stor, hvis den kompenseres tilstrækkeligt gennem allerede eksisterende foranstaltninger i forbindelse med offentlige ordninger for personer med handicap.«

⁵ – *Moniteur belge* af 30.5.2007, s. 29016.

17. Nævnte lovs artikel 14 har følgende ordlyd:

»På de områder, der er omfattet af denne lovs anvendelsesområde, er enhver form for forskelsbehandling forbudt. I dette afsnit forstås ved forskelsbehandling:

[...]

– et afslag på at foretage tilpasninger i rimeligt omfang til fordel for en person med handicap.«

III. Tvisten i hovedsagen, det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

18. Sagsøgeren blev ansat af HR Rail⁶ som medarbejder specialiseret i vedligeholdelse af jernbaneskiner. Den 21. november 2016 påbegyndte han sin prøvetid hos selskabet Infrabel.

19. I december 2017 blev han diagnosticeret med en hjertefejl, der nødvendiggjorde, at der blev indsat en pacemaker, og dette apparat er følsomt over for de elektromagnetiske felter, der bl.a. forekommer på jernbaneskiner. Den 12. juni 2018 blev sagsøgeren anerkendt som handicappet af Service public fédéral Sécurité sociale (den føderale offentlige tjeneste for social sikring, Belgien).

20. Den 28. juni 2018 blev han undersøgt ved Centre régional de la médecine de l'administration (regionalt lægeligt forvaltningsorgan, Belgien), og HR Rail erklærede ham på baggrund af denne undersøgelse varigt ude af stand til at udføre de opgaver, som han var blevet ansat til. Sagsøgeren blev informeret om, at han, mens han afventede beslutningen om afskedigelse af ham, kunne varetage en stilling, der passer til hans helbredstilstand og opfyldte følgende krav: »middel aktivitet, ingen udsættelse for elektromagnetiske felter, ikke i højden eller udsat for vibrationer«. Efter denne beslutning fik sagsøgeren anvist en stilling som lagermedarbejder i Infrabel. Den 1. juli 2018 påklagede han denne afgørelse til commission d'appel de la médecine de l'administration (klageinstans for lægelige forvaltningsafgørelser, Belgien).

21. Ved skrivelse af 19. juli 2018 meddelte HR Rail sagsøgeren, at han ville få »personlig støtte med henblik på sammen med [ham] at finde en ny stilling«, og at han snarest ville blive indkaldt til en samtale. Ved skrivelse af 29. august 2018 blev sagsøgeren underrettet om, at datoen for denne samtale var fastsat til den 18. september 2018.

22. Den 3. september 2018 stadfæstede klageinstansen for lægelige forvaltningsafgørelser afgørelsen om, at sagsøgeren ikke var medicinsk egnet.

23. Ved skrivelse af 26. september 2018 meddelte den pågældende kontorchef for HR Rail sagsøgeren, at han blev afskediget den 30. september 2018, med et forbud mod ansættelse i fem år i den lønklasse, hvori han var ansat.

24. Den 26. oktober 2018 meddelte HR Rails generaldirektør sagsøgeren, at selskabets vedtægter og de almindelige regler for tildeling af dets stillinger bestemmer, at »prøvetiden for den ansatte, som erklæres fuldstændigt og varigt uarbejdsdygtig, når denne ikke længere er i stand til at

⁶ – Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har HR Rail til opgave at udvælge og ansætte vedtægtsmæssigt og ikke-vedtægtsmæssigt personale, der er nødvendige for udførelsen af opgaverne for selskabet Infrabel SA og Société nationale des chemins de fer belges (SNCB).

varetage de pligter, der er forbundet med dennes lønklasse«, bringes til ophør, og at »den skrivelse, som [denne] er blevet tilsendt vedrørende den personlige støtte for personalet, der er uarbejdsdygtig af helbredsmæssige årsager, [er] uden betydning«.

25. Den 26. november 2018 anlagde sagsøgeren sag ved Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager), som er den forelæggende ret, med påstand om annullation af den afgørelse, som den pågældende kontorchef traf om at afskedige ham den 30. september 2018.

26. Den forelæggende ret har anført, at loven af 10. maj 2007, som gennemfører direktiv 2000/78 i belgisk ret, forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling navnlig på grund af aktuel og fremtidig helbredstilstand samt på grund af et handicap.

27. I den foreliggende sag er det ifølge den forelæggende ret hverken bestrideligt eller bestridt, at grundlaget for afgørelsen om sagsøgerens uarbejdsdygtighed skal kvalificeres som et handicap som omhandlet i loven af 10. maj 2007. Sagsøgeren opfylder nemlig på grund af sin lidelse, som har gjort det nødvendigt at få indsat en pacemaker, ikke længere et væsentligt og afgørende erhvervmæssigt krav til stillingen som medarbejder specialiseret i vedligeholdelse af jernbaneskiner, idet denne stilling indebærer, at han udsættes for de elektromagnetiske felter, der udsendes ved jernbanespor. Den forelæggende ret har heraf udledt, at afgørelsen om afskedigelse af ham kun kan udgøre en forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til denne lov, hvis det godtgøres, at HR Rail har nægtet at gennemføre de tilpasninger i rimeligt omfang, der kræves.

28. Sagsøgeren har i denne henseende gjort gældende, at han kunne være blevet omplaceret til en anden stilling, bl.a. stillingen som lagermedarbejder, som han midlertidigt var blevet placeret i, indtil han blev afskediget, og at en sådan omplacering udgør en tilpasning i rimeligt omfang, som hans arbejdsgiver var forpligtet til at foretage i henhold til loven af 10. maj 2007. HR Rail har gjort gældende, at det ikke var muligt at foretage tilpasninger i rimeligt omfang, for at sagsøgeren kunne fortsætte med at varetage sin stilling som medarbejder specialiseret i vedligeholdelse af jernbaneskiner.

29. Den forelæggende ret har anført, at spørgsmålet om, hvorvidt der ved »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i loven af 10. maj 2007 skal tages hensyn til muligheden for at tildele en anden stilling til den person, som på grund af, at der opstår et handicap, ikke længere er i stand til at bestride den stilling, vedkommende var ansat til, ikke vurderes ensartet i national retspraksis.

30. Desuden gør 17., 20. og 21. betragtning til direktiv 2000/78 det ikke muligt med sikkerhed at afgøre, om forpligtelsen til at foretage tilpasninger i rimeligt omfang for handicappede personer indebærer en forpligtelse til at placere den pågældende person i en anden stilling i virksomheden.

31. Det er under disse betingelser, at Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 5 i direktiv [2000/78] fortolkes således, at en arbejdsgiver er forpligtet til at anvise en person, der på grund af sit handicap ikke længere er i stand til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den stilling, hvori personen er ansat, en anden stilling, som denne person [er kompetent, egnet og disponibel] til at bestride, når en sådan foranstaltning ikke udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren?«

32. Sagsøgeren, HR Rail, den belgiske, den græske og den portugisiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

IV. Bedømmelse

33. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 5 i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at når en arbejdstager, herunder en person, der gennemgår en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse, bliver varigt ude af stand til at varetage den stilling, hvortil vedkommende er ansat, på grund af, at der opstår et handicap, er den pågældendes arbejdsgiver forpligtet til på grundlag af de i denne artikel omhandlede »tilpasninger i rimeligt omfang« at omplacere vedkommende i en anden stilling, når den pågældende er tilstrækkeligt kompetent, egnet og disponibel, og når arbejdsgiveren ikke pålægges en uforholdsmæssig stor byrde ved en sådan foranstaltning.

34. Indledningsvis skal det bemærkes, at det fremgår af såvel titlen på direktiv 2000/78 og betragtningerne hertil som af direktivets indhold og formål, at det tilsigter at fastlægge en generel ramme for at sikre enhver ligebehandling »med hensyn til beskæftigelse og erhverv« ved at yde en effektiv beskyttelse mod enhver form for forskelsbehandling, der beror på de grunde, som er nævnt i artikel 1, herunder handicap⁷. Direktivet har således til formål at bekæmpe alle former for forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af handicap⁸.

35. Det skal først undersøges, om en person som sagsøgeren er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 (A), og dernæst skal rækkevidden af begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i dette direktivs artikel 5 fastlægges for så vidt angår omplaceringen af en handicappet person til en anden stilling i virksomheden (B).

A. Anvendelsesområdet for direktiv 2000/78

36. Jeg vil indledningsvis henviser til, at det fremgår af forelæggelsesafgårelsen, at sagsøgeren blev ansat af HR Rail, et offentligretligt aktieselskab, med den konsekvens, at han er arbejdstager i den offentlige sektor. Han blev afskediget som følge af, at han varigt er blevet ude af stand til at varetage den stilling, hvortil han blev ansat.

37. I lyset af disse faktorer er sagsøgeren omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78. Det fremgår nemlig navnlig af artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78, at direktivet inden for rammerne af Unionens beføjelser finder anvendelse »både i den offentlige og den private sektor«, navnlig for så vidt angår »ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn«⁹.

38. Dernæst har den forelæggende ret anført, at sagsøgeren er blevet ramt af et »handicap« som omhandlet i loven af 10. maj 2007. I denne henseende afgør den omstændighed, at sagsøgeren er handicappet som omhandlet i national ret, ikke på forhånd, at han har et »handicap« i henhold til direktiv 2000/78¹⁰, der er et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet på Unionens område.

⁷ – Dom af 15.7.2021, Tartu Vangla (C-795/19, EU:C:2021:606, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

⁸ – Dom af 26.1.2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie (C-16/19, EU:C:2021:64, præmis 34).

⁹ – Jf. bl.a. dom af 2.4.2020, Comune di Gesturi (C-670/18, EU:C:2020:272, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰ – Jf. i denne retning dom af 18.1.2018, Ruiz Conejero (C-270/16, EU:C:2018:17, præmis 32).

39. Med hensyn til dette direktiv skal det bemærkes, at Unionen har godkendt FN-konventionen ved afgørelse 2010/48. Følgelig udgør bestemmelserne i denne konvention en integrerende del af Unionens retsorden fra tidspunktet for nævnte afgørelses ikrafttrædelse. I øvrigt fremgår det af tillægget til bilag II til samme afgørelse, at direktiv 2000/78 er opført blandt de EU-retsakter, der vedrører spørgsmål, der er omhandlet i konventionen, nemlig for så vidt angår en selvstændig tilværelse, social inklusion, arbejde og beskæftigelse. Det følger heraf, at FN-konventionen kan gøres gældende i forbindelse med fortolkningen af dette direktiv, som i videst muligt omfang bør fortolkes i overensstemmelse med den nævnte konvention¹¹.

40. Dette er grunden til, at Domstolen efter Unionens godkendelse af FN-konventionen har fastslået, at begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 skal forstås således, at det omfatter en begrænset kapacitet bl.a. som følge af langvarige fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan forhindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i erhvervmæssig aktivitet på lige fod med andre arbejdstagere¹².

41. I forbindelse med fortolkningen af direktiv 2000/78 har Domstolen således, på samme måde som FN-konventionen, lagt det sociale handicapbegreb til grund, der er baseret på en kontekstuel tilgang på grundlag af samspillet mellem personens funktionsnedsættelse og samfundets eller organisationens reaktion for at tilpasse sig personer med funktionsnedsættelse, snarere end det medicinske handicapbegreb, som lægger særlig vægt på individet og den funktionsnedsættelse, som gør det svært for den pågældende at tilpasse eller integrere sig i det sociale miljø¹³.

42. I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at sagsøgeren blev ansat som medarbejder specialiseret i vedligeholdelse af jernbaneskiner. Efter at han var blevet ansat, blev han ramt af et helbredsproblem, der nødvendiggjorde, at der blev indsat en pacemaker, og dette apparat er følsomt over for de elektromagnetiske felter, der bl.a. forekommer på jernbaneskiner. Han er følgelig blevet erklæret varigt uegnet til at opfylde de væsentlige funktioner i den pågældende stilling.

43. Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse er det min opfattelse, at sagsøgeren, henset til disse forhold, er udsat for en varig begrænsning af sin arbejdsevne som følge af fysiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre ham i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og at han skal kvalificeres som en »handicappet« som omhandlet i direktiv 2000/78.

44. Endelig fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at sagsøgeren på tidspunktet for afskedigelsen gennemgik en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse. Det skal undersøges, om han som ansat på prøve er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78.

45. I denne henseende skal det nævnes, at dette direktiv, henset til dets ordlyd, ikke kun vedrører personer, der er fastansat. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, litra a) og b), finder dette direktiv anvendelse på vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervmæssig beskæftigelse samt adgang til alle former for og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervmæssig videreuddannelse og omskoling. I det foreliggende tilfælde vedrører sagsøgerens situation som ansat på prøve spørgsmålet om hans adgang til beskæftigelse og til arbejde.

¹¹ – Dom af 11.9.2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2019:703, præmis 39 og 40 og den deri nævnte retspraksis).

¹² – Dom af 11.9.2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2019:703, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

¹³ – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Z. (C-363/12, EU:C:2013:604, punkt 83 og 85).

46. Det skal tilføjes, at en person, der gennemgår en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse, ud fra et teleologisk synspunkt pr. definition befinder sig i en mere sårbar situation end en person, der har et fast arbejde. For en sådan ansat på prøve er det vanskeligere at finde en anden stilling i tilfælde af, at der opstår et handicap, der gør den pågældende uegnet til at bestride den stilling, som han er blevet ansat til, så meget desto mere, hvis vedkommende er i begyndelsen af sin erhvervsmæssige karriere. Under disse omstændigheder forekommer det mig begrundet at sikre beskyttelsen af en sådan ansat på prøve mod forskelsbehandling.

47. Jeg er derfor af den opfattelse, at en person, der gennemgår en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, i det foreliggende tilfælde for så vidt angår bestemmelserne om handicap.

48. Denne fortolkning støttes af Domstolens praksis. Som allerede nævnt er begrebet »arbejdstager« som omhandlet i direktiv 2000/78 det samme som det i artikel 45 TEUF nævnte begreb¹⁴. Hvad angår begrebet »arbejdstager« som omhandlet i denne artikel, fremgår det af Domstolens faste praksis, at det er et selvstændigt begreb, som ikke må fortolkes indskrænkende¹⁵. Begrebet »arbejdstager« i EU-retlig forstand omfatter således personer, der gennemgår en praktikuddannelse eller en læretid i et fag, som kan betragtes som en praktisk forberedelse til selve udøvelsen af det pågældende fag, når disse perioder gennemføres under de vilkår, der gælder for en lønnet og faktisk beskæftigelse mod vederlag for en arbejdsgiver og efter dennes anvisninger¹⁶.

49. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at sagsøgeren inden for rammerne af sin prøvetid udøvede en reel og faktisk lønnet beskæftigelse til fordel for og efter anvisninger fra en arbejdsgiver, og at han således skulle anses for at være »arbejdstager« som omhandlet i direktiv 2000/78.

50. Det skal i øvrigt nævnes, at anvendelsesområdet for FN-konventionen er bredt. Denne konventions artikel 27, stk. 1, litra a), bestemmer nemlig, at deltagerstaterne skal sikre og fremme udøvelsen af retten til arbejde, herunder for dem, der har fået et handicap i forbindelse med deres beskæftigelse, ved at tage passende skridt, herunder gennem lovgivning, bl.a. for at forbyde diskrimination på grund af handicap i alle forhold vedrørende alle former for beskæftigelse, herunder betingelser for rekruttering, ansættelse og beskæftigelse, fortsat beskæftigelse, karrieremuligheder og sikre og sunde arbejdsforhold. Som anført i punkt 39 i dette forslag til afgørelse skal direktiv 2000/78 i det omfang, det er muligt, fortolkes i overensstemmelse med FN-konventionen.

51. Ud over den omstændighed, at sagsøgeren er blevet afskediget som omhandlet i dette direktivs artikel 3, stk. 1, litra c), er han efter min opfattelse derfor ligeledes omfattet af direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), i sin egenskab af person, der gennemfører en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse.

52. Derfor er jeg af den opfattelse, at en person såsom sagsøgeren er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78.

¹⁴ – Jf. dom af 19.7.2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 18 og 19).

¹⁵ – Jf. dom af 19.7.2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁶ – Dom af 9.7.2015, *Balkaya* (C-229/14, EU:C:2015:455, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

B. Rækkevidden af begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78

53. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78 omfatter en forpligtelse over for en person, der er blevet varigt ude af stand til at bestride sin stilling på grund af, at der er opstået et handicap, til at omplacere vedkommende til en anden stilling i virksomheden.

54. Ifølge dette direktivs artikel 5 »[foretages der] med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, [...] 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«.

55. Jeg vil indledningsvis nævne, at ifølge ordlyden af FN-konventionens artikel 2, stk. 3, omfatter diskrimination på grund af handicap alle former for diskrimination, bl.a. nægtelse af tilpasninger i rimeligt omfang. Hvis det antages, at HR Rail burde have omplaceret sagsøgeren til en anden stilling, var han følgelig offer for forskelsbehandling på grund af handicap som omhandlet i denne konvention og direktiv 2000/78, da han blev afskediget på grund af manglende evne til at varetage de funktioner, som han var blevet ansat til at varetage¹⁷.

56. Som anført af generaladvokat Kokott¹⁸ og generaladvokat Wahl¹⁹ er logikken bag kravet om tilpasninger i rimeligt omfang at skabe en rimelig balance mellem handicappede og arbejdsgiverens behov.

57. Det fremgår af 20. betragtning til direktiv 2000/78 om tilpasninger i rimeligt omfang, at »[d]er bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmonstre, opgavefordeling samt adgang til uddannelse og instruktion«.

58. Som HR Rail har fremhævet i sit skriftlige indlæg, nævner denne betragtning ganske vist »arbejdspladsen«. HR Rail har på dette grundlag konkluderet, at tilpasninger i rimeligt omfang er begrænset til den tildelte stilling og ikke kan tjene til at give den handicappede arbejdstager en anden type stilling.

59. Jeg mener imidlertid, at artikel 5 i direktiv 2000/78, sammenholdt med 17. og 20. betragtning hertil, skal forstås således, at arbejdsgiveren *først og fremmest og i det omfang, det er muligt*, skal indrette den arbejdsplads, hvor arbejdstageren udførte sit arbejde, inden hans handicap opstod. Formålet er nemlig – i en tilgang, der er baseret på det sociale handicapbegreb – at tilpasse den

¹⁷ – Visse forfattere har fremhævet, at direktiv 2000/78 i modsætning til FN-konventionen ikke foreskriver, at et afslag på tilpasninger i rimeligt omfang er en form for forskelsbehandling. Jf. bl.a. L. Waddington, »Equal to the Task? Re-Examining EU Equality Law in the Light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities«, *European Yearbook of Disability Law*, 4. udgave, under ledelse af G. Quinn, L. Waddington og E. Flynn, Intersentia, Cambridge, 2013, s. 169-200, navnlig s. 190. Da dette direktiv imidlertid i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med FN-konventionen, er det min opfattelse, at direktivet skal forstås således, at det forbyder forskelsbehandling, der består i en nægtelse af at foretage en tilpasning i rimeligt omfang. I dom af 11.9.2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2019:703, præmis 72), henviste Domstolen således udtrykkeligt til bestemmelsen i FN-konventionen om nægtelse af en tilpasning i rimeligt omfang.

¹⁸ – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse HK Danmark (C-335/11 og C-337/11, EU:C:2012:775, punkt 59).

¹⁹ – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Z. (C-363/12, EU:C:2013:604, punkt 105).

handicappede persons arbejdsmiljø med henblik på at give denne mulighed for fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere. Denne tilpasning forudsætter, at arbejdsgiveren, når det er muligt, iværksætter praktiske foranstaltninger med henblik på, at den handicappede person *bevarer sin stilling*.

60. I dom af 11. april 2013, HK Danmark (C-335/11 og C-337/11, herefter »HK Danmark-dommen«, EU:C:2013:222), fastslog Domstolen, at 20. betragtning til direktiv 2000/78 indeholder en ikke-udtømmende opregning af sådanne foranstaltninger, som kan være af fysiske, organisatoriske og/eller uddannelsesmæssige²⁰.

61. Hvad angår hovedsagen kan der, således som den forelæggende ret har anført, henset til karakteren af sagsøgerens handicap, ikke træffes foranstaltninger af fysisk, organisatorisk og/eller uddannelsesmæssig art, således at han kan bevare sin stilling som medarbejder specialiseret i vedligeholdelse af jernbaneskiner. Indsættelsen af en pacemaker, der er følsom over for elektromagnetiske felter, som bl.a. forekommer på jernbaneskiner, gør det nemlig umuligt at fastholde sagsøgeren i hans stilling. Indretning af lokaler eller tilpasning af udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordelingen eller udbuddet af uddannelses- eller rammemidler kan derfor ikke udgøre passende foranstaltninger som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78 i sagsøgerens konkrete situation.

62. Dette handicap kan imidlertid ikke udelukke sagsøgeren fra ethvert arbejdsliv. Spørgsmålet er herefter, om arbejdsgiveren i en sådan situation – i det omfang, det er muligt – er forpligtet til at omplacere en sådan handicappet arbejdstager til en anden stilling i virksomheden. Mig bekendt har Domstolen endnu ikke taget stilling til dette spørgsmål, som har stor praktisk betydning²¹.

63. Dette spørgsmål skal efter min opfattelse besvares bekræftende. Artikel 5 i direktiv 2000/78 fastslår nemlig kun, at der foretages tilpasninger i rimeligt omfang for at gøre det muligt at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse. Følgelig begrænser denne artikel ikke de foranstaltninger, der er vedtaget, til den stilling, der varetages af den handicappede medarbejder. Derimod åbner *adgang til beskæftigelse* og tilbud af en *efteruddannelse* mulighed for at blive tilknyttet en anden stilling. Ifølge ordlyden af 16. betragtning til dette direktiv spiller iværksættelse af foranstaltninger, der *tager hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen*, en vigtig rolle i bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap.

64. I denne henseende fastslog Domstolen i HK Danmark-dommen, at ifølge FN-konventionens artikel 2, fjerde led, er »rimelige tilpasninger« »nødvendige og passende ændringer og justeringer, som ikke indebærer en uforholdsmæssig stor eller unødvendig byrde, når dette er nødvendigt i et konkret tilfælde for at sikre, at personer med handicap kan nyde eller udøve alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre«. Domstolen udledte heraf, at denne bestemmelse *taler for en bred definition* af begrebet »rimelig

²⁰ – Jf. HK Danmark-dommen, præmis 49.

²¹ – HR Rail har henvist til dom af 11.9.2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2019:703), og anført, at denne bekræfter den fortolkning, hvorefter tilpasninger i rimeligt omfang skal begrænses til den besatte stilling. I denne dom bemærkede Domstolen imidlertid udelukkende, at det tilkom den nationale ret at efterprøve, om de foretagne tilpasninger var tilstrækkelige til, at de kunne anses for tilpasninger i rimeligt omfang. Domstolen tog således ikke stilling til rækkevidden af begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78. Se præmis 68 og 69 i dommen. Denne doms præmis 65 gentager i øvrigt 20. og 21. betragtning til dette direktiv, således som de er affattet.

tilpasning«²². Hvad angår direktiv 2000/78 skal dette begreb forstås således, at det tilsigter at fjerne de forskellige barrierer, som hindrer handicappede personer i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere²³.

65. Følgelig fastslog Domstolen i den nævnte dom, at nedsættelsen af arbejdstiden, selv om den ikke faldt ind under begrebet »arbejds mønstre«, anses for en tilpasningsforanstaltning som omhandlet i dette direktivs artikel 5 i tilfælde, hvor en nedsættelse af arbejdstiden gør det muligt for arbejdstageren at kunne fortsætte med at udøve sin beskæftigelse i overensstemmelse med formålet med nævnte artikel²⁴. Domstolen fastslog derfor, at en foranstaltning, der ikke udtrykkeligt var nævnt i 20. betragtning til dette direktiv, kunne være en rimelig tilpasning²⁵.

66. Det fremgår i øvrigt af FN-konventionens artikel 27, stk. 1, litra a), som er gengivet ovenfor, at deltagerstaterne skal sikre og fremme virkeliggørelsen af retten til arbejde, ved at tage passende skridt, herunder gennem lovgivning, for at forbyde diskrimination på grund af handicap i alle forhold vedrørende alle former for beskæftigelse, herunder *opretholdelse af beskæftigelse*.

67. Ud over chartrets artikel 21, som fastsætter et forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap²⁶, bestemmer chartrets artikel 26 desuden, at Unionen anerkender og respekterer retten for mennesker med handicap til at nyde godt af foranstaltninger, der skal sikre deres autonomi, deres sociale og erhvervsmæssige integration og deres deltagelse i samfundslivet.²⁷

68. Det følger af det foregående, at personer, der rammes af et handicap, mens de er i beskæftigelse, i det omfang, det er muligt, skal fastholdes i beskæftigelse frem for at blive afskediget på grund af uarbejdsdygtighed, hvilket alene bør ske som en sidste udvej²⁸. Mere generelt forekommer det mig vigtigt at understrege, at samfundet ikke kan udvikle sig, hvis det lader handicappede stå til side, især med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Tilpasninger i rimeligt omfang udgør således en præventiv foranstaltning med henblik på at opretholde handicappedes beskæftigelse²⁹.

69. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at det følger af ordlyden af direktiv 2000/78, sammenholdt med FN-konventionen, chartret og Domstolens praksis, at når en arbejdstager varigt bliver ude af stand til at bestride sin stilling på grund af, at der er opstået et handicap, kan omplacering af den pågældende til en anden stilling udgøre en passende foranstaltning inden for rammerne af de tilpasninger i rimeligt omfang, som er omhandlet i dette direktivs artikel 5³⁰.

²² – Jf. HK Danmark-dommen, præmis 53.

²³ – Jf. HK Danmark-dommen, præmis 54.

²⁴ – Jf. HK Danmark-dommen, præmis 56.

²⁵ – Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse HK Danmark (C-335/11 og C-337/11, EU:C:2012:775, punkt 54-58).

²⁶ – Direktiv 2000/78 konkretiserer inden for det område, det omfatter, det generelle forbud mod forskelsbehandling i chartrets artikel 21. Jf. dom af 15.7.2021, WABE (C-804/18 og C-341/19, EU:C:2021:594, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

²⁷ – Jf. dom af 22.5.2014, Glatzel (C-356/12, EU:C:2014:350, præmis 78), hvorefter chartrets artikel 26 kræver, at Unionen respekterer og anerkender handicappedes ret til at modtage integrationsforanstaltninger.

²⁸ – Jf. i samme retning dom af 11.9.2019, Nobel Plastiques Ibérica, (C-397/18, EU:C:2019:703, præmis 73). Denne fortolkning fremgår også af 17. betragtning til direktiv 2000/78.

²⁹ – Se D. Gutiérrez Colomidas, »Can Reasonable Accommodation Safeguard the Employment of People with Disabilities?«, *European Yearbook on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2019, s. 63-89, særligt s. 83.

³⁰ – Kommissionen har i sit skriftlige indlæg fremhævet, at en overførsel af en handicappet arbejdstager til en anden stilling i visse situationer kan indebære en økonomisk byrde for arbejdsgiveren, der er mindre tung eller mindre vanskelig at gennemføre på det organisatoriske plan end en anden tilpasning i rimeligt omfang, såsom en lettelse af arbejdsrytmen eller tilpasningen af det udstyr, der er nødvendigt for udførelsen af de opgaver, der kræves for den pågældende stilling. I den foreliggende sag forekommer det mig ikke nødvendigt at undersøge dette spørgsmål, for så vidt som der i det foreliggende tilfælde ikke var nogen tilpasninger i rimeligt omfang, der gjorde det muligt for appellanten at beholde den stilling, hvortil han var tilknyttet.

70. Komitéen for rettigheder for personer med handicap, der er nedsat inden for rammerne af FN-konventionen³¹, anlægger ligeledes en bred fortolkning af begrebet »rimelig tilpasning« som omhandlet i denne konventions artikel 5, som omfatter omplacering af den handicappede person til en anden stilling.

71. I de konstateringer, der er blevet vedtaget i henhold til artikel 5 i den valgfrie protokol vedrørende FN's konvention om meddelelse nr. 34/2015 af 29. april 2019³², fandt komitéen nemlig, at de regler, der havde frataget den pågældende handicappede muligheden for at blive placeret i en anden stilling, ikke gjorde det muligt at sikre de rettigheder, som denne person havde i henhold til denne konvention, nærmere bestemt muligheden for at få vurderet sit særlige handicap med henblik på at sætte den pågældende i stand til at udføre andre eller supplerende opgaver³³.

72. Unionen har ganske vist ikke godkendt den valgfrie protokol vedrørende FN-konventionen, og komitéen for rettigheder for personer med handicap er ikke en retsinstans. Jeg konstaterer dog, at denne komité anlægger den samme fortolkning som den, jeg anbefaler, med henblik på at beskytte handicappede på arbejdspladsen³⁴.

73. For det tilfælde, at ingen tilpasninger i rimeligt omfang gør det muligt for den handicappede person at bevare den stilling, vedkommende er blevet placeret i, følger det af ordlyden af direktiv 2000/78, at omplaceringen af denne arbejdstager til en anden stilling forudsætter, at to kumulative betingelser er opfyldt.

74. I denne henseende fremgår det på den ene side af 17. betragtning til direktivet, at med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette 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. Jeg udleder af denne betragtning, læst udvidende, at forpligtelsen til at omplacere en handicappet arbejdstager til en anden stilling i virksomheden forudsætter, at denne er kompetent, egnet og disponibel med henblik på at udføre de væsentligste funktioner i denne nye stilling. Ud over den nævnte betragtning er der tale om en regel, der er dikteret af sund fornuft.

75. I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at sagsøgeren var blevet omplaceret til en stilling som lagermedarbejder, inden han blev afskediget den 30. september 2018. Som den forelæggende ret har anført, har sagsøgeren desuden gjort gældende, at han havde en lang erhvervs erfaring som lagermedarbejder. Det tilkommer derfor

³¹ – I henhold til artikel 1, stk. 1, i den valgfrie protokol til FN-konventionen anerkender en i protokollen deltagende stat, at komitéen for rettigheder for personer med handicap har kompetence til at modtage og behandle henvendelser fra enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner, der hører under deres jurisdiktion, og som hævder at være ofre for denne stats tilsidesættelse af FN-konventionens bestemmelser.

³² – Se CRDP/C/21/D/34/2015, som kan konsulteres på følgende websted:
https://tbinetnet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2F21%2FD%2F34%2F2015&Lang=en

³³ – Den nævnte sag vedrørte en person med spansk statsborgerskab, som var ude for en trafikulykke, der gav den pågældende et varigt motorisk handicap. Da denne var varigt ude af stand til at udøve sit politiarbejde, blev vedkommende tvunget til at gå på pension og blev afskediget fra lokalpolitiet. Denne person ansøgte kommunalrådet i Barcelona (Spanien) om at blive ansat i en stilling, der var tilpasset dennes handicap, hvilket blev afslået. Efter retssagen i Spanien og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fremsendte den pågældende person en henvendelse til komitéen for rettigheder for personer med handicap.

³⁴ – Jf. ligeledes konklusionerne fra komitéen for rettigheder for personer med handicap vedrørende henvendelse nr. 37/2016 af 29.9.2020. CRPD/C/23/D/37/2016, som kan konsulteres på følgende websted:
https://tbinetnet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fc%2f23%2fd%2f37%2f2016&Lang=fr

denne ret at efterprøve, om sagsøgeren var kompetent, egnet og disponibel til at varetage den stilling, hvortil han var blevet omplaceret. Henset til ordlyden af det præjudicielle spørgsmål synes den forelæggende ret at være af den opfattelse, at dette er tilfældet i hovedsagen.

76. På den anden side må foranstaltninger med henblik på tilpasninger i rimeligt omfang, således som det fremgår af artikel 5 i direktiv 2000/78, ikke pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig byrde. I 21. betragtning til dette direktiv præciseres det, at når det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte.

77. Forpligtelsen i henhold til artikel 5 i direktiv 2000/78 til i givet fald at træffe passende foranstaltninger gælder for alle arbejdsgivere³⁵. Muligheden for at omplacere en handicappet i en anden stilling omfatter efter min opfattelse imidlertid den situation, hvor der er *mindst én ledig stilling*, som den pågældende arbejdstager kan varetage, for ikke at pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde³⁶. Som Kommissionen har understreget i sit skriftlige indlæg, må omplaceringen af en handicappet arbejdstager ikke føre til, at en anden arbejdstager fratages sit job eller tvinges til at skifte stilling. Denne omplacering er således lettere i en stor virksomhed, hvor antallet af ledige stillinger i princippet er store. På samme måde vil omplacering af en arbejdstager til en anden stilling være lettere at gennemføre alt efter den pågældendes større eller mindre grad af egnethed i forhold til de respektive stillinger i virksomheden.

78. Også her tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, om omplaceringen af sagsøgeren til en anden stilling udgjorde en uforholdsmæssig byrde som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78, sammenholdt med 21. betragtning hertil, for hans arbejdsgiver. Henset til ordlyden af det præjudicielle spørgsmål synes den forelæggende ret at lægge til grund, at der ikke er tale om en sådan uforholdsmæssig byrde i hovedsagen. Det skal i denne henseende bemærkes, at HR Rail i første omgang selv omplacerede sagsøgeren til stillingen som lagermedarbejder i virksomheden uden at gøre gældende, at denne nye placering udgjorde en uforholdsmæssig byrde for selskabet.

79. HR Rail har i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at en afskedigelse, der er baseret på en konstatering af, at en arbejdstager ikke længere opfylder et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2000/78³⁷, ikke er udtryk for forskelsbehandling, for så vidt som arbejdsgiveren forinden har overvejet at vedtage tilpasninger i rimeligt omfang for så vidt angår den besatte stilling. Disse tilpasninger kan imidlertid ikke gennemføres for den pågældende stilling.

80. Som jeg har nævnt, indebærer dette direktivs artikel 5 imidlertid, at tilpasninger i rimeligt omfang kan omfatte omplacering af den handicappede person til en anden stilling i virksomheden. Den omstændighed alene, at sagsøgeren varigt er ude af stand til at bestride den

³⁵ – Jf. dom af 4.7.2013, Kommissionen mod Italien (C-312/11, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:446, præmis 61).

³⁶ – I 21. betragtning til direktiv 2000/78 anvendes udtrykket »navnlig«, hvilket indebærer, at andre elementer end dem, der er nævnt, kan udgøre en uforholdsmæssig byrde for arbejdsgiveren.

³⁷ – Denne bestemmelse fastsætter, at »[u]anset artikel 2, stk. 1 og 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil«.

stilling, han er ansat i, betyder derfor ikke, at hans arbejdsgiver har ret til at afskedige ham med henvisning til, at han ikke længere opfylder et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav vedrørende denne stilling³⁸.

81. HR Rail har ligeledes gjort gældende, at der skal sondres mellem »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78 og »positiv særbehandling« som omhandlet i dette direktivs artikel 7. Hvis begrebet »tilpasninger i rimeligt omfang« fortolkes således, at det omfatter en pligt for arbejdsgiveren til at sørge for en anden stilling inden for virksomheden, ville dette rejse tvivl om denne sondring, for så vidt som arbejdsgiveren skulle tilbyde en anden beskæftigelse til en arbejdstager, som ikke opfylder de væsentlige funktioner i den pågældende stilling, uden for de særlige rammer for »positiv særbehandling«. For det første vil en handicappet arbejdstager, som ikke opfylder de væsentlige funktioner i den stilling, den pågældende er tilknyttet, få fordel af at blive tilbudt en anden stilling, mens øvrige arbejdstagere, der ikke længere kan udføre disse opgaver, ville blive afskediget. For det andet vil den handicappede arbejdstager med prioritet blive tildelt en ledig stilling, som den pågældende ikke har været i konkurrence med andre potentielt interesserede ansøgere om, selv om vedkommende ikke nødvendigvis er den mest kompetente til at udøve denne stilling, navnlig hvis den pågældende arbejdstager stadig er i ansat på prøve.

82. Jeg er ikke enig i denne fortolkning. I denne henseende bemærkes, at Domstolen har præciseret begrebet »positiv særbehandling«, idet den har fastslået, at artikel 7, stk. 2, i direktiv 2000/78 gør det muligt at opstille en sondring på grund af handicap, forudsat at denne sondring er et led i bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen, eller foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme handicappedes erhvervsmæssige integration³⁹. Denne bestemmelse har således til formål at tillade særforanstaltninger, der reelt sigter mod at fjerne eller reducere de faktiske uligheder, der berører personer med et handicap, som kan findes i deres sociale liv og navnlig i arbejdslivet, og opnå en materiel – og ikke formel – lighed ved at reducere disse uligheder⁴⁰.

83. Som følge heraf omfatter artikel 7, stk. 2, i direktiv 2000/78 foranstaltninger vedrørende handicappede, betragtet som en gruppe⁴¹, og ikke den konkrete situation for en arbejdstager med et specifikt handicap, som falder ind under dette direktivs artikel 5⁴². I den foreliggende sag er det imidlertid sidstnævnte situation, der er genstand for hovedsagen.

³⁸ – Jf. i denne retning F. Hendrickx: »Disability and reintegration in Work: Interplay between EU Non-discrimination Law«, *Reasonable accommodation in the Modern Workplace, Potential and Limits of the integrative Logics of Labour Law*, Bulletin of comparative labour relations nr. 93, 2016, s. 61-72, navnlig s. 62.

³⁹ – Dom af 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, præmis 46).

⁴⁰ – Dom af 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, præmis 47).

⁴¹ – I samme forstand foreslår FN-konventionens artikel 27, stk. 1, litra h), at medlemsstaterne sikrer og fremmer opfyldelsen af retten til arbejde, herunder for personer, der får et handicap i forbindelse med deres beskæftigelse, ved at træffe egnede foranstaltninger, herunder gennem lovgivning, til bl.a. at fremme beskæftigelsen af personer med handicap i den private sektor gennem passende politikker og foranstaltninger, som kan omfatte ordninger med *positiv særbehandling*, incitamentsordninger og andre foranstaltninger.

⁴² – Jf. i denne retning, E. Dubout, »Article 7. Action positive et mesures spécifiques«, *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article*, Larcier, Bruxelles, 1. udgave, 2020, navnlig nr. 48, s. 207, hvorefter »tilpasninger i rimeligt omfang bør betragtes som individuelle foranstaltninger, hvor positive foranstaltninger, såsom præferenceadgang, er baseret på en mere kollektiv logik«.

84. I øvrigt har EU-lovgiver valgt at indrømme en særlig beskyttelse til handicappede i henhold til direktiv 2000/78⁴³, bl.a. i form af tilpasninger i rimeligt omfang, som personer, der ikke er handicappede, pr. definition ikke kan nyde godt af. Disse ordninger, som udgør et juridisk udtryk for det sociale handicapbegreb, er midlet til at opnå en substantiel lighed i en konkret og individualiseret situation med forskelsbehandling⁴⁴. De udgør derfor ikke en fravigelse af lighedsprincippet, men en garanti for dets effektivitet⁴⁵.

85. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at »tilpasninger i rimeligt omfang« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78, sammenholdt med FN-konventionen og chartret, omfatter en forpligtelse til at omplacere den pågældende arbejdstager i en anden stilling i virksomheden, når de i dette direktiv fastsatte betingelser er opfyldt.

V. Forslag til afgørelse

86. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 5 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at når en arbejdstager, herunder en person, der gennemgår en prøvetid i forbindelse med sin ansættelse, bliver varigt ude af stand til at varetage den stilling, hvortil vedkommende er ansat i virksomheden, på grund af, at der opstår et handicap, er den pågældendes arbejdsgiver forpligtet til på grundlag af de i denne artikel omhandlede »tilpasninger i rimeligt omfang« at omplacere vedkommende i en anden stilling, når den pågældende er tilstrækkeligt kompetent, egnet og disponibel, og når arbejdsgiveren ikke pålægges en uforholdsmæssig stor byrde ved en sådan foranstaltning.«

⁴³ – Jf. I denne retning dom af 18.12.2014, FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis), hvorefter anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 ikke ved analogi kan udvides til at omfatte forskelsbehandling af andre grunde end dem, der udtømmende er opregnet af direktivets artikel 1.

⁴⁴ – Jf. L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, Paris, 2015, navnlig nr. 327, s. 239.

⁴⁵ – Jf. L. Joly, *op.cit.*, nr. 316, s. 232.