



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 6 december 2012¹

Förenade målen C-335/11 och C-337/11

**HK Danmark, ombud för Jette Ring,
mot
Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB
och
HK Danmark, ombud för Lone Skouboe Werge,
mot
Pro Display A/S i konkurs**

(begäran om förhandsavgörande från Sø- og Handelsretten (Danmark))

”Likabehandling i arbetslivet — Direktiv 2000/78/EG — Förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder — Begreppet funktionshinder — Avgränsningen mellan sjukdom och funktionshinder — Lämpliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder — Indirekt diskriminering — Berättigad bestämmelse”

I – Inledning

1. När föreligger funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling², och hur ska begreppet funktionshinder avgränsas från begreppet sjukdom? Det är denna fråga som står i centrum för förevarande förhandsavgörande. Domstolen ombeds således att precisera den definition av begreppet funktionshinder som den utarbetade i målet Chacón Navas.³

2. Dessutom är frågan vad som avses med lämpliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder som arbetsgivaren ska vidta enligt artikel 5 i direktiv 2000/78. Slutligen har den hänskjutande domstolen ställt frågan huruvida förkortad uppsägningstid på grund av sjukdom kan utgöra diskriminering på grund av funktionshinder.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (EGT L 303, s. 16) (nedan kallat direktiv 2000/78).

3 — Dom av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, Chacón Navas (REG 2006, s. I-6467).

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Den internationella rätten*

3. I Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning av den 13 december 2006⁴ anges följande i punkt e i ingressen: "[Det erkänns] att funktionsnedsättning och funktionshinder är begrepp under utveckling och att funktionshinder härrör från samspel mellan personer med funktionsnedsättningar och hinder som är betingade av attityder och miljön, vilka motverkar deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra".

4. I artikel 1 andra stycket i konventionen finns följande definition:

"Personer med funktionsnedsättning innefattar bl.a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra."

B – *Unionslagstiftningen*

5. Skäl 20 i direktiv 2000/78 har följande lydelse:

"Lämpliga åtgärder bör vidtas, dvs. effektiva och praktiska åtgärder för att organisera arbetsplatsen med hänsyn till personer med funktionshinder, t.ex. inredning av lokaler eller anpassning av utrustning, arbetstakt, arbetsfördelning, utbildningsmöjligheter eller arbetsledning."

6. Enligt artikel 2.2 b i direktiv 2000/78 anses indirekt diskriminering förekomma "när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte

i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, eller

..."

7. I artikel 5 i direktiv 2000/78 föreskrivs följande under rubriken "Rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder":

"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."

4 — Ratificerad av Europeiska unionen den 23 december 2010 (nedan kallad FN-konventionen). Se rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009 om ingående av konventionen (EUT L 23, 2010, s. 35).

C – Den nationella lagstiftningen

8. Direktiv 2000/78 har införlivats med dansk rätt genom forskelsbehandlingsloven.⁵ Enligt 7 § i denna lag är det möjligt att begära skadestånd om förbudet mot diskriminering har åsidosatts eller om arbetsgivaren inte har vidtagit de nödvändiga åtgärderna.

9. Funktionærloven⁶ reglerar rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare/anställda.

10. I 5 § andra stycket FL finns en särskild bestämmelse om uppsägning av anställning på grund av arbetstagarens sjukdom. Där anges följande:

”Det kan dock genom en skriftlig klausul i det enskilda anställningsavtalet bestämmas att tjänstemannen kan sägas upp med 1 månads varsel med frånträde vid ett månadsskifte när tjänstemannen inom en period av 12 på varandra följande månader har uppburit lön under sjukperioder om sammanlagt 120 dagar. För att uppsägningen ska vara giltig ska den ske i omedelbar anslutning till att de 120 sjukdagarna löper ut och medan tjänstemannen fortfarande är sjuk. Giltigheten påverkas inte av att tjänstemannen kommer tillbaka till arbetet efter uppsägningen. ...”

III – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

11. Bakgrunden till de förevarande målen om förhandsavgörande är den talan som Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark (HK)⁷ väckte år 2006 i två mål för arbetstagarna Jette Ring och Lone Skouboe Werge. I målen yrkades skadeersättning enligt den danska lagen om likabehandling med anledning av diskriminering på grund av funktionshinder. För båda anställningarna hade det avtalats att 5 § andra stycket FL skulle tillämpas.

A – Mål C-335/11

12. I fallet Ring ligger följande omständigheter till grund för det nationella målet:

13. Jette Ring hade varit anställd på kundcentrumet vid företaget Dansk Almennyttigt Boligselskab (DAB) sedan år 2000. Från juni 2005 och tills hon sades upp i november 2005 var hon borta från arbetet under flera perioder på grund av sjukdom, sammanlagt mer än 120 dagar. I läkarintygen som uppvisades för de perioder då hon var borta angavs framför allt kroniska ryggbesvär som bland annat berodde på artrosförändringar i ländkotorna och yttrade sig som konstant smärta i ländregionen. När de behandlande läkarna hade konstaterat att ländkotorna hade förstyvats genom naturlig sammanväxning fanns det inte längre några ytterligare behandlingsalternativ. De åtgärder som var möjliga för att lindra Jette Rings besvär under arbetstid, till exempel anskaffning av ett höj- och sänkbart bord till hennes arbetsplats eller ett erbjudande om deltidarbete, vidtogs inte. I princip erbjöd dock DAB deltidstjänster.

5 — Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (lagen om likabehandling på arbetsmarknaden).

6 — Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (lagen om privatanställda tjänstemän) (nedan kallad FL).

7 — De handels- och kontorsanställdas förbund i Danmark.

14. På grund av de sammanlagda sjukperioderna sades Jette Ring upp enligt 5 § andra stycket FL med förkortad uppsägningstid. Direkt efter det att Jette Ring hade blivit uppsagd satte DAB in en annons om en deltidsanställning med jämförbara arbetsuppgifter på ett regionalt kontor i närheten. Jette Ring påbörjade en ny anställning som receptionssekreterare hos ett annat företag där hon fick ett höj- och sänkbart bord, och hennes faktiska arbetstid fastställdes till 20 timmar i veckan. Anställningen var en heltidsanställning enligt den danska flexjob-bestämmelsen med ersättning av 50 procent av lönekostnaderna.⁸

B – Mål C-337/11

15. I fallet Skouboe Werge har Sø- og Handelsretten angett följande faktiska omständigheter:

16. Lone Skouboe Werge hade varit anställd som kontorsassistent hos företaget Pro Display sedan år 1998. Efter det att hon i samband med en trafikolycka i december 2003 hade ådragit sig en pisksnärtskada och varit sjukskriven i tre veckor återupptog hon till att börja med sitt heltidsarbete hos Pro Display. När det framemot slutet av år 2004 stod klart att Lone Skouboe Werge fortfarande led av sviterna efter pisksnärtskadan blev hon preliminärt sjukskriven i fyra veckor och arbetade då bara cirka fyra timmar om dagen. I januari 2005 sjukskrev sig Lone Skouboe Werge helt på grund av ihållande besvär. Därefter blev hon med tillämpning av 120-dagarsregeln i 5 § andra stycket FL uppsagd med en månads varsel till den 31 maj 2005.

17. Lone Skouboe Werges besvär yttrade sig i olika symtom, särskilt smärta i nacken som strålade ned i axlarna, käkproblem, trötthet, koncentrations- och minnesbesvär, svårigheter att uttrycka sig, ljudöverkänslighet, låg stresströskel och yrsel. I juni 2006 beviljades därför Lone Skouboe Werge förtidspension på grundval av en uppskattning av arbetsförmågan till cirka åtta timmar i veckan i långsamt tempo. Genom Arbejdsskade styrelsens beslut fastställdes dessutom Lone Skouboe Werges invaliditetsgrad till 10 procent och den nedsatta arbetsförmågan till 65 procent.

18. I de nationella målen ansåg HK att en uppsägning av de anställda med förkortad uppsägningstid enligt bestämmelsen i 5 § andra stycket FL var utesluten, eftersom detta stred mot förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder enligt direktiv 2000/78. Den hänskjutande domstolen har därför ställt frågan hur funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 ska definieras.

IV – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen

19. Genom beslut av den 29 juni 2011, som inkom till domstolen den 1 juli 2011, förklarade Sø- og Handelsretten målet vilande och hänsköt följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

- 1 a) Omfattas alla personer som på grund av fysiska, mentala eller psykiska skador inte, eller endast i begränsad omfattning, kan utföra sitt arbete under en period som uppfyller kravet på periodens längd i punkt 45 i domstolens dom i mål C-13/05 (Navas), av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktivet?
- b) Kan ett tillstånd som har orsakats av en av läkare diagnosticerad obotlig sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktivet?
- c) Kan ett tillstånd som har orsakats av en av läkare diagnosticerad övergående sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktivet?

⁸ — Flexjob-bestämmelsen är en dansk bestämmelse om statliga lönebidrag vid anställning av personer med permanent nedsatt arbetsförmåga.

2. Ska en bestående funktionsnedsättning som inte medför behov av särskilda hjälpmedel eller liknande och som endast eller huvudsakligen består i att den berörda personen inte kan arbeta heltid anses som ett funktionshinder i den mening som detta uttryck används i rådets direktiv 2000/78/EG?
3. Är nedsatt arbetstid en av de åtgärder som omfattas av artikel 5 i rådets direktiv 2000/78/EG?
4. Utgör rådets direktiv 2000/78/EG hinder för att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt i vilken det föreskrivs att en arbetsgivare har rätt att säga upp en medarbetare med förkortad uppsägningstid, när medarbetaren har uppburit lön under sjukdom i sammanlagt 120 dagar inom 12 på varandra följande månader, i förhållande till en medarbetare som ska anses som funktionshindrad i den mening som avses i direktivet, när
 - a) frånvaron orsakats av funktionshindret,

eller
 - b) frånvaron beror på att arbetsgivaren inte har vidtagit de åtgärder som med hänsyn till det konkreta fallet är rimliga för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att kunna fortsätta arbeta?”

20. Domstolens ordförande beslutade den 4 augusti 2011 att förena målen C-335/11 och C-337/11 vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt domen.

21. Förutom parterna i det nationella målet har Danmarks, Irlands, Polens och Förenade kungarikets regeringar samt kommissionen deltagit i det skriftliga och muntliga förfarandet vid domstolen. Dessutom har Belgiens och Greklands regeringar inkommit med skriftliga yttranden.

V – Bedömning

22. Jag ska besvara Sö- og Handelsrettens första och andra fråga tillsammans, eftersom båda avser definitionen av begreppet funktionshinder (se avsnitt A). Den tredje frågan avser utformningen och omfattningen av de åtgärder som arbetsgivaren ska vidta enligt artikel 5 i direktiv 2000/78 (se avsnitt B). Till sist ska den fjärde frågan prövas angående huruvida förkortad uppsägningstid på grund av sjukfrånvaro utgör en diskriminerande bestämmelse (se avsnitt C).

A – Den första och den andra tolkningsfrågan

1. Definition av begreppet funktionshinder

23. Direktiv 2000/78 innehåller i sig inte någon definition av begreppet funktionshinder.

24. Domstolen har redan i målet Chacón Navas definierat detta begrepp som ett självständigt begrepp enligt EU-rätten. Enligt denna definition omfattar begreppet funktionshinder en ”begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet”.⁹ Dessutom måste det vara troligt att begränsningen varar lång tid.¹⁰

9 — Domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 43.

10 — Domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 45.

25. År 2010, alltså några år efter det att domen i målet Chacón Navas hade meddelats, ratificerade Europeiska unionen Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. I inledningen till FN-konventionen anges det till att börja med att begreppet funktionsnedsättning ska tolkas dynamiskt och är ett begrepp under utveckling.¹¹ I artikel 1 i konventionen finns sedan en definition. Enligt denna innefattar ”personer med funktionsnedsättning ... personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”.

26. Av artikel 216.2 FEUF följer att internationella avtal som ingås av unionen ska vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna. De internationella avtal som ingås av unionen utgör när de har trätt i kraft en väsentlig (”integrerad”) del av unionens rättsordning.¹² Därför ska bestämmelser i unionens sekundärrätt så långt som möjligt tolkas i överensstämmelse med unionens folkrättsliga förpliktelser.¹³

27. Begreppet funktionshinder enligt direktiv 2000/78 torde därför inte ge sämre skydd än FN-konventionen. Enligt definitionen i FN-konventionen motverkas de funktionshindrades deltagande i samhället i ”samspel med olika hinder”. Det kan i vissa situationer inträffa att definitionen i FN-konventionen får företräde framför definitionen i den ovannämnda domen i målet Chacón Navas och att den senare ska tolkas enligt internationell rätt.

28. I de aktuella fallen är emellertid problemets kärna inte delen ”hinder” i definitionen. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida ett tillstånd som har orsakats av en av läkare diagnosticerad obotlig sjukdom eller övergående sjukdom som kan botas kan omfattas av begreppet funktionshinder. Varken definitionen i domen i målet Chacón Navas eller definitionen i FN-konventionen ger som sådana svar på den hänskjutande domstolens frågor. Bortsett från kravet att funktionsnedsättningen ska vara varaktig innehåller de båda definitionerna inga explicita kriterier för avgränsningen mellan funktionshinder och sjukdom.

29. För att besvara den hänskjutande domstolens frågor ska jag i det följande behandla avgränsningen mellan sjukdom och funktionshinder.

2. Avgränsning mellan funktionshinder och sjukdom

30. I domen i målet Chacón Navas fastslog domstolen att arbetstagare inte omedelbart skyddas genom direktiv 2000/78 så snart som en sjukdom, oavsett art, yttrar sig.¹⁴ Domstolen gör således åtskillnad mellan sjukdom och funktionshinder. En ”sjukdom” anges nämligen inte som en egen förbjuden diskrimineringsgrund i direktivet.

11 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 66.

12 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 september 1996 i mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-3989), punkt 52, av den 12 januari 2006 i mål C-311/04, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht (REG 2006, s. I-609), punkt 25, av den 3 juni 2008 i mål C-308/06, Intertanko m.fl. (REG 2008, s. I-4057), punkt 42, och av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen (REG 2008, s. I-6351), punkt 307, och av den 21 december 2011 i mål C-366/10, Air Transport Association of America m.fl. (REU 2011, s. I-13755), punkt 50.

13 — Se domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 12), punkt 52, dom av den 14 juli 1998 i mål C-341/95, Bettati (REG 1998, s. I-4355), punkt 20, av den 9 januari 2003 i mål C-76/00 P, Petrotub och Republica (REG 2003, s. I-79), punkt 57, och av den 14 maj 2009 i mål C-161/08, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely (REG 2009, s. I-4075), punkt 38.

14 — Domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 46.

31. Domstolen har emellertid bara undantagit en ”sjukdom som sådan” från direktivets tillämpningsområde.¹⁵ Av domen i målet Chacón Navas framgår det inte att en sjukdom som orsak till funktionshinder medför att funktionshinder inte ska anses föreligga. Slutligen preciserade domstolen i en andra dom avseende diskriminering på grund av funktionshinder att det inte framgår av domen i målet Chacón Navas att det materiella tillämpningsområdet för direktivet måste tolkas restriktivt.¹⁶

32. Det framgår i synnerhet inte att direktiv 2000/78 bara omfattar funktionshinder som är medfödda eller har orsakats av olycksfall. Att för direktivets tillämpningsområde göra åtskillnad utifrån orsaken till funktionshindret skulle vara godtyckligt och därmed i sig strida mot direktivets syfte, som är att åstadkomma likabehandling.

33. Man ska alltså göra åtskillnad mellan sjukdom som en möjlig orsak till funktionshindret och funktionshindret som ett resultat av denna sjukdom. Även en varaktig nedsättning orsakad av en sjukdom som leder till att den berörda personen hindras från att delta i arbetslivet omfattas av direktivet.

34. I de aktuella fallen rör det sig om fysiska nedsättningar som bland annat yttrar sig i smärta och orörlighet. I förevarande mål är det därför lättare att avgränsa sjukdom från funktionshinder än i det fall som högsta domstolen i Amerikas förenta stater hade att avgöra, och där denna domstol fastslog att en *symtomfri* HIV-infektion kan utgöra funktionshinder i den mening som avses i Anti-Discrimination Act.¹⁷ Frågan huruvida en persons besvär i en konkret situation utgör en funktionsnedsättning ska avgöras av domstolen i medlemsstaten.

35. Av ordalydelsen i direktiv 2000/78 framgår det inte att tillämpningsområdet skulle vara begränsat till någon särskild svårighetsgrad av funktionshinder.¹⁸ Eftersom denna fråga emellertid varken har ställts av den hänskjutande domstolen eller diskuterats av parterna i målet ska den inte avgöras slutgiltigt här.

36. Avgörande för frågan huruvida ett funktionshinder föreligger är dessutom att nedsättningen troligen ”varar lång tid”.¹⁹ I FN-konventionen anges i detta avseende att det måste vara fråga om en ”varaktig”²⁰ funktionsnedsättning. Jag kan här inte se någon skillnad vad gäller innehållet.

37. En nedsättning som beror på en obotlig sjukdom torde i regel vara varaktig. Men också en sjukdom som i princip kan botas kan ha ett så långvarigt förlopp fram till dess att den har botats att nedsättningen varar lång tid. Och även i samband med en sjukdom som i princip kan botas kan en varaktig nedsättning kvarstå. Just vid kroniska sjukdomar kan övergången från en (behandlingsbar) sjukdom till en troligen varaktig nedsättning, vilken först då får karaktären av funktionshinder, utgöra en fortlöpande process. Man kan inte tala om funktionshinder förrän prognosen varaktig nedsättning föreligger.

38. Enbart beroende på om en sjukdom i och för sig kan botas eller är obotlig, om den är varaktig eller övergående, går det därför inte att definitivt dra slutsatsen att det senare kommer att föreligga en varaktig nedsättning.

15 — Domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 57.

16 — Dom av den 17 juli 2008 i mål C-303/06, Coleman (REG 2008, s. I-5603), punkt 46.

17 — Enligt US Supreme Court, *Bragdon v. Abbott*, 524 US 624 [1998], section 12102.1 A ADA 1990 är det fråga om funktionshinder när ”a physical ... impairment that substantially limits one or more of [an individual’s] major life activities” föreligger.

18 — Även Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har fastslagit att sjukdomen diabetes mellitus typ 1, som de nationella myndigheterna klassificerade som obetydlig, utgör funktionshinder som omfattas av diskrimineringskyddet, Europadomstolen, dom av den 30 april 2009 (*Glor mot Schweiz*, nr 13444/04), beträffande artikel 14 Europadomstolen, där diabetes ansågs utgöra funktionshinder.

19 — Domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 3), punkt 45.

20 — I den engelska språkversionen ”long-term ... impairments” och i den franska versionen ”incapacités ... durables”.

3. Behov av särskilda hjälpmedel

39. Den hänskjutande domstolen har dessutom ställt frågan huruvida särskilda hjälpmedel ska vara nödvändiga för att funktionshinder ska anses föreligga, eller om det är tillräckligt att personen inte längre kan arbeta heltid.

40. Att särskilda hjälpmedel är nödvändiga är inget villkor för begreppet funktionshinder enligt direktivet.

41. Av artikel 5 i direktiv 2000/78 framgår det att funktionshindret först måste konstateras för att man därefter ska kunna vidta lämpliga och nödvändiga åtgärder. I skäl 20 ges exempel på vad som kan avses med lämpliga åtgärder, och där anges bland annat att man ska "organisera arbetsplatsen med hänsyn till personer med funktionshinder". Att särskilda anordningar och hjälpmedel är nödvändiga är alltså en *följd* av att funktionshindret har konstaterats och inte en del av definitionen av begreppet funktionshinder.

42. Inte heller mot bakgrund av direktivets syfte kan det godtas att den omständigheten att särskilda hjälpmedel är nödvändiga skulle vara en del av definitionen. Funktionshinder i den mening som avses i direktivet kan bero på fysiska, psykiska eller mentala funktionsnedsättningar. Kravet att särskilda hjälpmedel ska vara nödvändiga tycks emellertid bara utgå från de normer som gäller för personer med fysiska funktionshinder. Om hjälpmedel var en nödvändig del av begreppet funktionshinder skulle de mentala eller psykiska funktionshinder som uttryckligen tas upp i direktivet inte omfattas, eftersom de i regel inte heller kräver några hjälpmedel. Ett sådant krav skulle också missgynna just de funktionshindrade vilkas funktionshinder inte kan kompenseras eller lindras genom hjälpmedel och som därför redan av denna anledning i regel är hårdare drabbade än andra.

43. Det som är avgörande är följaktligen enbart huruvida den berörda personen hindras från att delta i arbetslivet.

44. DAB och Pro Display har gjort gällande att bara den som är helt utestängd från arbetslivet kan anses vara funktionshindrad, varför det för att personen ska anses vara funktionshindrad inte är tillräckligt att en arbetsprestation bara är reducerad. Ovannämnda argumentation är inte övertygande. Redan enligt den allmänna språkuppfattningen omfattar begreppet "hinder från att delta i yrkeslivet" också hinder som bara är partiella och inte endast en generell "utestängning" från yrkeslivet.

45. Skäl 17 i direktivet talar också för att de personer vilkas hinder från att delta i yrkeslivet består i att de inte kan arbeta heltid omfattas av begreppet. I skälet anges att direktivets skydd omfattar sådana arbetstagare som i princip "har kompetens eller förmåga eller står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter ...". Direktivet är följaktligen avsett att skydda sådana personer som i princip kan delta i arbetslivet – även om det eventuellt är i begränsad omfattning eller kräver särskilda anpassningsåtgärder. För att direktivet ska vara tillämpligt är det således inte något krav att den berörda personen är utestängd från yrkeslivet.

46. Jag föreslår följaktligen följande svar i denna del. Begreppet funktionshinder avser en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen från att delta i arbetslivet. För definitionen av funktionshinder saknar det betydelse att nedsättningen har orsakats av en sjukdom. Det enda avgörande är huruvida nedsättningen varar lång tid. Även ett funktionshinder som varar lång tid som inte medför att det behövs särskilda hjälpmedel och som enbart eller huvudsakligen består i att den berörda personen inte kan arbeta heltid ska anses utgöra funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78.

B – Den tredje tolkningsfrågan

47. Med den tredje frågan vill Sø- og handelsretten få klarhet i huruvida också nedsatt arbetstid kan höras till de lämpliga åtgärderna för personer med funktionshinder.

48. I artikel 5 första meningen i direktiv 2000/78 föreskrivs att rimliga anpassningsåtgärder ska vidtas för att garantera principen om likabehandling för personer med funktionshinder. Det innebär att arbetsgivaren ska vidta de ”åtgärder som med hänsyn till det konkreta fallet är rimliga” för att göra det möjligt för personer med funktionshinder att arbeta, utöva ett yrke, bli befordrade och delta i utbildning och vidareutbildning. Arbetsgivaren är inte skyldig att vidta sådana åtgärder om de medför en oproportionerlig börda för denna.

49. Målet med bestämmelsen är inte bara att personer med funktionshinder ska *behandlas lika* utan att de ska *likställas* och därigenom få möjlighet att utöva ett yrke.

50. I artikel 5 i direktiv 2000/78 som sådan föreskrivs endast att åtgärderna måste vara ”rimliga med hänsyn till det konkreta fallet” för att göra det möjligt att arbeta och så vidare.

51. I skäl 20 i direktivet förklaras dock bestämmelsen närmare. Enligt detta ska ”lämpliga åtgärder ... vidtas, dvs. effektiva och praktiska åtgärder för att organisera arbetsplatsen med hänsyn till personer med funktionshinder, t.ex. inredning av lokaler eller anpassning av utrustning, arbetstakt, arbetsfördelning, utbildningsmöjligheter eller arbetsledning.”

52. Nedsatt arbetstid skulle kunna omfattas av exemplet ”anpassning av arbetstakten”, som uttryckligen anges i skälet. DAB och Pro Display anser dock att ”arbetstakten” inte avser arbetstiderna, utan endast arbetsprestationerna och arbetstempot eller fördelningen av arbetsuppgifterna bland de anställda.

53. Även om man anser att nedsatt arbetstid inte faller under ”anpassning av arbetstakten” finner jag att nedsatt arbetstid omfattas av artikel 5 i direktivet.

54. Det framgår nämligen redan av ordalydelsen i skäl 20 att det bara rör sig om exempel och inte om en uttömmande uppräkningslista. Enbart av den omständigheten att nedsatt arbetstid inte uttryckligen anges där kan man inte dra slutsatsen att den inte omfattas av artikel 5 i direktivet.

55. DAB och Pro Display har vidare påpekat att begreppet arbetstid inte nämns i direktivet och inte heller har diskuterats i förarbetena till direktivet. Dessutom är begreppet nedsatt arbetstid enligt DAB och Pro Display så nära förknippat med deltidsskiktet²¹ att sådana yrkanden bara ska bedömas enligt detta.

56. Unionslagstiftaren har dock gett artikel 5 en vidsträckt ordalydelse. Lagstiftaren talar i allmänna ordalag om åtgärder som ska göra det möjligt för personer med funktionshinder att arbeta. Nedsatt arbetstid kan utan tvivel vara en lämplig åtgärd som kan göra det möjligt för en person med funktionshinder att utöva ett yrke.

57. I detta avseende stöder också skäl 20 en vid tolkning av artikel 5. Av detta följer nämligen, i motsats till vad DAB och Pro Display anser, att inte bara fysiska, utan också organisatoriska åtgärder omfattas. ”Inredning av lokaler” eller ”anpassning av utrustning” avser undanröjande av fysiska hinder, medan åtgärder av organisatorisk karaktär nämns, såsom ”anpassning av arbetstakten, arbetsfördelningen eller utbildningsmöjligheter och arbetsledning”. Detta motsvarar i synnerhet begreppet funktionshinder i FN-konventionen, enligt vilken inte bara fysiska, utan också andra, särskilt sociala hinder är relevanta.

21 — Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS (EGT L 14, s. 9).

58. Även syftet med direktiv 2000/78 talar för att deltidarbete omfattas. För detta krävs individuellt anpassade åtgärder för likställdhet och därmed för ett bättre deltagande i yrkeslivet för personer med funktionshinder.²² Det avgörande måste därför vara huruvida en viss åtgärd kan leda till att en person med funktionshinder kan gå ut i yrkeslivet eller fortsätta utöva sitt yrke. Mot denna bakgrund är det i enlighet med direktivets mening och syfte att arbetstagare med funktionshinder som åtminstone kan arbeta deltid inte utestängs helt från arbetsmarknaden, utan får möjlighet att delta i yrkeslivet på ett adekvat sätt genom att en deltidsanställning erbjuds. Jag kan inte se att det enligt direktivet bara krävs åtgärder som installation av en hiss eller rullstolsanpassade sanitetsutrymmen – vilket också kan vara dyrt och kostnadskrävande – men att en reduktion av arbetstiden inte kan omfattas.

59. Det går visserligen inte att bortse från DAB:s och Pro Displays invändning att deltidarbete under vissa omständigheter utgör ett stort ingrepp i det rättsliga förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och kan leda till en belastning för arbetsgivaren. Detta kan emellertid också gälla för den anpassning av lokalerna som anges som exempel. Som ett villkor för arbetsgivarens skyldighet anges därför i artikel 5 andra meningen att åtgärderna inte får medföra en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. I direktivet krävs i detta avseende en lämplig balans mellan den funktionshinderade arbetstagarens intresse av stödåtgärder och arbetsgivarens intressen. Den senare är inte utan vidare tvungen att acceptera ingrepp i företagsorganisationen och ekonomiska förluster.

60. I denna del föreslår jag således följande svar. Nedsatt arbetstid kan höra till de åtgärder som omfattas av artikel 5 i direktiv 2000/78. Den nationella domstolen har i det enskilda fallet att fastställa huruvida en sådan åtgärd leder till att arbetsgivaren får en oproportionerlig börda.

C – Den fjärde tolkningsfrågan

1. Den fjärde tolkningsfrågans första del

61. Med den fjärde tolkningsfrågans första del vill Sö- och Handelsretten få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse strider mot direktiv 2000/78, om den tillåter uppsägning med förkortad uppsägningstid vid sjukfrånvaro i den mån den även tillämpas i situationer då frånvaron har orsakats av funktionshinder.

62. Enligt artikel 1 i förening med artikel 2.2 i direktiv 2000/78 är direkt och indirekt diskriminering i yrkeslivet på grund av funktionshinder förbjuden. Enligt direktivet föreligger direkt diskriminering när en person på grund av funktionshinder behandlas mindre fördelaktigt än en annan person i en jämförbar situation. Indirekt diskriminering kan anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med ett visst funktionshinder jämfört med andra personer, om inte detta kan motiveras. Enligt artikel 3.1 c omfattas villkoren för avskedande uttryckligen av direktivets materiella giltighetsområde. I det följande ska jag därför till att börja med undersöka huruvida förkortad uppsägningstid ska anses utgöra direkt eller indirekt diskriminering och, om så är fallet, huruvida en sådan kan motiveras.

a) Diskriminering

63. Till att börja med vill jag dock precisera föremålet för undersökningen. Den hänskjutande domstolen har nämligen bara ställt frågan huruvida bestämmelsen om uppsägning med förkortad uppsägningstid på grund av perioder med sjukfrånvaro är förenlig med unionsrätten.

²² — Se skälen 8, 9, 11 och 16 i direktiv 2000/78.

64. En annan fråga som ligger nära till hands i den aktuella situationen är huruvida frånvaroperioder som har samband med funktionshinder eller sjukdom på grund av funktionshinder över huvud taget kan vara ett tillåtet skäl för uppsägning. Domstolen har tidigare fastslagit att direktivet utgör hinder för en uppsägning som med hänsyn till arbetsgivarens skyldighet att vidta rimliga anpassningsåtgärder inte kan motiveras genom att personen i fråga inte står till förfogande för att fullgöra de väsentliga funktionerna på sin arbetsplats.²³ Av detta skulle man å andra sidan kunna dra slutsatsen att uppsägning är tillåten om de nödvändiga åtgärderna för anpassning av arbetsplatsen skulle medföra en orimlig börda för arbetsgivaren, eller arbetstagaren på grund av sina frånvaroperioder inte står till förfogande för de väsentliga funktionerna på arbetsplatsen. Jag finner att frågan huruvida uppsägning på grund av perioder med sjukfrånvaro är tillåten ändå inte har klarlagts definitivt genom det som domstolen har fastställt. När jag besvarar den hänskjutna frågan ska jag i det följande dock enbart behandla förkortad uppsägningstid.

65. När en arbetstagare med funktionshinder är frånvarande på grund av en ”allmän” sjukdom leder den omständigheten att sjukperioderna beaktas för att förkorta uppsägningstiden inte till diskriminering jämfört med en arbetstagare utan funktionshinder. Sannolikheten för att råka ut för en sjukdom som till exempel influensa har nämligen i regel inget samband med funktionshindret och drabbar arbetstagare med och utan funktionshinder i samma utsträckning.

66. I det aktuella fallet rör det sig emellertid om frånvaroperioder som beror på funktionshinder. 5 § andra stycket FL är vid en första anblick neutral, eftersom den avser alla arbetstagare som har varit borta i mer än 120 dagar på grund av sjukdom. Den leder därför inte till direkt diskriminering av personer med funktionshinder. Bestämmelsen har nämligen ingen direkt anknytning till det förbjudna kriteriet för differentiering i samband med funktionshinder, och den utgör inte heller särbehandling på grund av ett kriterium som är oskiljaktigt förknippat med funktionshindret. Ett funktionshinder leder nämligen inte alltid nödvändigtvis till sjukdomar och perioder med sjukfrånvaro, varför man inte kan tala om att kriteriet är oskiljaktigt förknippat med funktionshindret.

67. Bestämmelsen innebär emellertid indirekt diskriminering. Om sjukdomen har samband med ett funktionshinder behandlas nämligen olika situationer lika. Arbetstagare med funktionshinder löper i regel mycket större risk att ådra sig en sjukdom som har samband med funktionshindret än arbetstagare utan funktionshinder. De senare kan bara ådra sig en ”allmän” sjukdom. Arbetstagare med funktionshinder kan emellertid dessutom ådra sig en sådan sjukdom. Bestämmelsen om förkortad uppsägningstid är följaktligen en regel som indirekt missgynnar arbetstagare med funktionshinder jämfört med arbetstagare utan funktionshinder.

68. Några deltagare i förfarandet har invänt att det på grund av arbetstagarnas rätt att inte lämna ut uppgifter om sin sjukdom inte går att göra någon differentiering mellan ”allmänna” sjukdomar och sådana sjukdomar som beror på funktionshindret, men detta argument kan inte godtas. Det är nämligen möjligt att jämka samman de båda typerna, till exempel genom en förtroendeläkare.

b) Huruvida bestämmelsen är berättigad

69. Enligt artikel 2.2 b led i är en bestämmelse som 5 § andra stycket FL motiverad, om ett berättigat mål eftersträvas genom bestämmelsen och medlen för att nå målet är lämpliga och nödvändiga. Denna formulering innehåller de allmänna krav på motivering av särbehandling som gäller enligt unionsrätten.²⁴

23 — Domen i målet *Chacón Navas* (ovan fotnot 3), punkt 51.

24 — Se mitt förslag till avgörande av den 6 maj 2010 i mål C-499/08, *Andersen* (REU 2010, s. I-9343), punkt 42.

70. Bestämmelsen måste följaktligen vara lämplig för att uppnå ett legitimt syfte. Den måste dessutom vara nödvändig, det vill säga det eftersträvade berättigade målet får inte gå att uppnå genom en mindre ingripande, lika lämplig åtgärd. Slutligen måste bestämmelsen vara proportionerlig i snävare bemärkelse, det vill säga den får inte vålla olägenheter som är orimliga i förhållande till de eftersträvade målen.²⁵

71. När dessa kriterier undersöks bör det beaktas att det följer av rättspraxis att medlemsstaterna har stort utrymme för skönsmässig bedömning när de väljer åtgärder för att uppnå sina social- och arbetsmarknadspolitiska mål.²⁶

72. I beslutet om förhandsavgörande finns ingen information beträffande de mål som eftersträvas med 5 § andra stycket FL, vilket försvårar bedömningen. Det åligger därför den hänskjutande domstolen att slutgiltigt bedöma huruvida den omtvistade bestämmelsen är berättigad.

73. Den danska regeringen har förklarat att 5 § andra stycket FL syftar till att göra en rättvis intresseavvägning mellan arbetsgivare och arbetstagare i händelse av långa perioder med sjukfrånvaro. När allt kommer omkring säkerställer den emellertid arbetstagarnas intressen. Genom förkortad uppsägningstid vid lång sjukfrånvaro skapas det ett incitament för arbetsgivaren att inte säga upp den sjuka arbetstagaren så tidigt som möjligt, utan behålla denna i tjänst, eftersom arbetsgivaren vet att uppsägningstiden i gengäld är förkortad vid mycket långa frånvaroperioder.

74. Dessa mål är berättigade, och bestämmelsen är mot bakgrund av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning inte heller olämplig²⁷ för att uppnå målen. En alternativ, men mindre ingripande åtgärd måste vara möjlig att infoga i det övriga systemet med arbetsrättsliga bestämmelser. Frågan huruvida en sådan åtgärd är tänkbar är därför svår att bedöma utan ytterligare information.

75. Det avgörande är huruvida nackdelarna genom den förkortade uppsägningstiden i deras nuvarande form för arbetstagare med funktionshinder står i rimlig proportion till de eftersträvade målen, det vill säga huruvida den förkortade uppsägningstiden inte vållar de berörda personerna orimliga olägenheter. Det är därför nödvändigt att hitta en jämvikt mellan de olika intressen som föreligger.²⁸ Därför uppkommer frågan huruvida det i en lämplig bestämmelse inte också måste tas hänsyn till funktionshindrets svårighetsgrad och den berörda arbetstagarens möjligheter att få en ny anställning. Ju svårare funktionshindret är och ju besvärligare det blir att söka nytt arbete, desto viktigare är uppsägningstidens längd för arbetstagaren. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma detta i detalj.

76. Jag föreslår således följande svar i den fjärde frågans första del. Direktiv 2000/78 ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en arbetsgivare får säga upp en arbetstagare på grund av perioder med sjukfrånvaro, om sjukdomen på beror på funktionshindret. Detta gäller inte om diskrimineringen i enlighet med artikel 2.2 b led i i direktiv 2000/78 är sakligt motiverad av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.

25 — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl. (REG 2001, s. I-5689), punkt 81, av den 7 juli 2009 i mål C-558/07, S.P.C.M. m.fl. (REG 2009, s. I-5783), punkt 41, och av den 8 juli 2010 i mål C-343/09, Afton Chemical (REU 2010, s. I-7023), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

26 — Se, beträffande diskriminering på grund av ålder, dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa (REG 2007, s. I-8531), punkt 68, och dom av den 12 oktober 2010 i mål C-45/09, Rosenblatt (REU 2010, s. I-9391), punkt 41.

27 — Se domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 26), punkt 72, och dom av den 12 januari 2010 i mål C-341/08, Petersen (REU 2010, s. I-47), punkt 70.

28 — Se mitt förslag till avgörande i målet Andersen (ovan fotnot 24), punkt 68, och mitt förslag till avgörande av den 2 oktober 2012 i mål C-286/12, kommissionen mot Ungern, punkt 78.

2. Den fjärde tolkningsfrågans andra del

77. Med den fjärde frågans andra del vill den hänskjutande domstolen slutligen få klarhet i huruvida direktiv 2000/78 utgör hinder för förkortad uppsägningstid, om arbetstagarens frånvaro beror på att arbetsgivaren inte har vidtagit de rimliga anpassningsåtgärderna enligt artikel 5 i direktivet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att utöva sitt yrke.

78. I samband med bedömningen av vilka anpassningsåtgärder som är rimliga i den mening som avses i artikel 5 i direktivet görs redan en proportionalitetsprövning. Vilka anpassningsåtgärder som ska krävas av arbetsgivaren avgörs därvid genom en avvägning av den funktionshindrade arbetstagarens och arbetsgivarens intressen. Om arbetsgivaren inte vidtar de rimliga anpassningsåtgärder som kan krävas av denne, uppfyller arbetsgivaren inte sina skyldigheter enligt artikel 5 i direktivet och kan därför inte åberopa någon rättslig fördel. Skyldigheten enligt artikel 5 i direktiv 2000/78 skulle fräntas sin ändamålsenliga verkan om en underlåtenhet att vidta rimliga anpassningsåtgärder skulle kunna motivera en ogynnsam behandling av en arbetstagare med funktionshinder. Det följer av ändamålet med bestämmelsen att frånvaroperioder för arbetstagaren som beror på underlåtenhet att vidta en åtgärd inte kan motivera att uppsägningstiden förkortas.

79. Om förkortad uppsägningstid tillämpas på grund av att arbetstagaren har varit borta från arbetet, vilket har orsakats av att arbetsgivaren inte har vidtagit lämpliga anpassningsåtgärder i enlighet med artikel 5 i direktiv 2000/78, utgör detta diskriminering som inte är berättigad.

VI – Förslag till avgörande

80. Mot bakgrund av föregående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt.

- 1
 - a) Begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling omfattar en nedsättning som särskilt beror på fysiska, mentala eller psykiska nedsättningar och som utgör ett hinder för vederbörande att delta i yrkeslivet.
 - b) För definitionen av funktionshinder saknar det betydelse att nedsättningen har orsakats av en sjukdom. Det enda avgörande är huruvida nedsättningen troligen varar långt tid.
 - c) Även ett funktionshinder som varar under lång tid som inte medför att det behövs särskilda hjälpmedel och som enbart eller huvudsakligen består i att den berörda personen inte kan arbeta heltid ska anses utgöra funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78.
2. Nedsatt arbetstid kan vara en av de åtgärder som omfattas av artikel 5 i rådets direktiv 2000/78/EG. Det åligger den nationella domstolen att i det enskilda fallet fastställa huruvida en sådan åtgärd leder till att arbetsgivaren får en oproportionerlig börda.
3. Direktiv 2000/78 ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en arbetsgivare får säga upp en arbetstagare med förkortad uppsägningstid på grund av perioder med sjukfrånvaro, om sjukdomen beror på funktionshindret. Detta gäller inte om diskrimineringen i enlighet med artikel 2.2 b led i i direktiv 2000/78 är sakligt motiverad av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga. Om förkortad uppsägningstid emellertid tillämpas på grund av att arbetstagaren har varit borta från arbetet, vilket har orsakats av att arbetsgivaren inte har vidtagit lämpliga anpassningsåtgärder i enlighet med artikel 5 i direktiv 2000/78, utgör detta diskriminering som inte är berättigad.