

Fetma = funktionsnedsättning?

En studie som behandlar huruvida fetma kan anses som en funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering.

Författare

Michelle Danielsson och Cecilia Isacson

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT 2014

Handledare

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsningar.....	10
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition.....	12
2. Funktionsnedsättning i ett internationellt perspektiv.	15
2.1 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning .	15
2.2 WHO:s internationella klassifikationssystem.....	16
2.3 Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling.....	18
2.4 EU-domstolens praxis.....	19
2.4.1 Mål C-13/05 <i>Chacón Navas</i>	20
2.4.2 Mål 303/06 <i>Coleman</i>	20
2.4.3 Mål C-335/11 <i>HK Danmark mot Ring</i> och C-337/11 <i>HK Danmark mot Skouboe Werge</i>	21
2.4.4 Mål C-363/12 <i>Z</i>	22
2.5 Fetma som funktionsnedsättning	23
2.5.1 Sjukdomen fetma	23
2.5.2 WHO:s definition av fetma.....	24
2.5.3 Mål C-354/13 <i>Karltoft</i>	24
3. Funktionsnedsättning i ett svenskt perspektiv	27
3.1 Funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen (2008:567)	27
3.1.1 Från funktionshinder till funktionsnedsättning.....	27

3.1.2	Varaktighet.....	28
3.2	Direkt och indirekt diskriminering	29
3.3	Bristande tillgänglighet i relation till tidigare skäliga stöd- och anpassningsåtgärder	30
3.3.1	Stöd- och anpassningsåtgärder.....	31
4.	Analys och slutsats	32
4.1	Analys	32
4.2	Slutsats	36
5.	Käll- och litteraturförteckning	39

Summary

Can obesity be classified as a disability? At this moment the question is not answered. The European Court will give clarify if obesity can be regarded as a disability and then be included in directive 2000/78/EC's scope. ECJ Advocate General, Jääskinen, says that obesity may be covered by the concept if it is of such a nature "to discourage the person concerned full and active participation in professional life on equal terms with other workers."

The aim of this paper has been, with a background in Union law and Swedish law, to investigate under which conditions obesity can be considered as a disability and therefore subject to protection against discrimination. In view of the above object, we intended to answer the following questions: *in an international perspective, what is included in the term disability? From a jurisprudence perspective, under what conditions can obesity be considered a disability? How rectifies discrimination on the basis of disability in Swedish law?* The results of the study show that the concept of disability is relatively vague and undefined, that making it difficult to determine what actually can be considered to be a part of the concept of disability. With the help of case law the concept can get a clearer definition and additionally the concept becomes broader. Based on what the European Court of Justice determined in its earlier judgments regarding disability and directive 2000/78/EC we consider that obesity can, provided that certain conditions are met, be regarded as a disability and therefore subject to protection against discrimination.

Keywords: disability, obesity, directive 2000/78/EC, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Sammanfattning

Kan fetma klassas som en funktionsnedsättning? Denna fråga är i skrivande stund inte besvarad utan befinner sig hos EU-domstolen som ska ge klarhet i om fetma kan anses som en funktionsnedsättning och därmed omfattas av arbetslivsdirektivets tillämpningsområde. EU-domstolens generaladvokat, Jääskinen, menar att sjuklig fetma kan omfattas av begreppet om den är av sådan art ”att den motverkar den berördes fulla och aktiva deltagande i yrkeslivet på lika villkor som andra arbetstagare”.

Syftet med uppsatsen har varit att, med bakgrund i unionsrätten och i svensk rätt, undersöka under vilka förhållanden som fetma kan anses vara en funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering. Mot bakgrund av det ovan nämnda syftet har vi avsett att besvara följande frågeställningar: *vad inkluderas i begreppet funktionsnedsättning i ett internationellt perspektiv? Under vilka förhållanden kan fetma anses vara en funktionsnedsättning ur ett rättsvetenskapligt perspektiv? Hur regleras diskriminering på grund av funktionsnedsättning i svensk rätt?* Resultatet av studien visar att begreppet funktionsnedsättning är relativt diffust och odefinierat vilket gör det svårt fastställa vad som faktiskt kan anses ingå i begreppet. Med hjälp av rättspraxis får begreppet en klarare definition och dessutom blir begreppet bredare. Utifrån vad EU-domstolen fastställt i sina tidigare domar gällande funktionsnedsättning och arbetslivsdirektivet anser vi att fetma, under förutsättning att vissa rekvisit är uppfyllda, kan anses som funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering.

Nyckelord: funktionsnedsättning, funktionshinder, fetma, direktiv 2000/78/EG, FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

Förord

Intresset för denna studie växte fram under tidig höst när det danska fallet *Kaltoft* uppmärksammades och det var så som uppsatsen tog sin början.

Diskrimineringskyddet är föränderligt och med tiden inkluderas allt fler diskrimineringsgrunder. Diskussioner gällande fetma är ett omtalat ämne i dagens samhälle. Begreppet funktionsnedsättning är ett komplext begrepp som vi fastnade för att utreda djupare.

I denna uppsats tar vi oss an uppgiften att undersöka om fetma kan anses vara en funktionsnedsättning och därmed omfattas av diskrimineringskyddet. Vägen har kantrats av både med- och motgångar och det har varit en utmaning och lärdom att knyta ihop denna säck.

Vi vill tacka vår handledare Andreas Inghammar för sitt professionella stöd under uppsatsens gång innehållande konstruktiv kritik och många goda råd. Tack för många skratt vilka har givit oss hopp om att vi rör detta i hamn. Vi vill även säga tack till våra nära och kära för ert stöd samt förståelse för vår bristfälliga närvaro under vår process med att skriva denna uppsats.

Med dessa ord önskar vi läsaren en underhållande läsning.

Cecilia Isacson och Michelle Danielsson

Förkortningar

ADHD	Attention Deficit Hyperactivity Disorder
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
BMI	Body Mass Index
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
EJC	European Court of Justice
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
FOA	Fag och Arbejde
FUDA	Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
ICIDH	International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps
LAS	Lagen (1982:80) om anställningskydd
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
WHO	World Health Organization

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Kan fetma klassas som en funktionsnedsättning? Denna fråga väcktes hos oss hösten 2014 när vi i tidskriften *Lag och Avtal*¹ läste om Karsten Kaltoft som fått sparken på grund av sin övervikt. Kaltoft arbetade som förskolelärare och efter 15 år hos samma arbetsgivare sades han upp på grund av arbetsbrist. Kaltofts fackförbund, FOA, menar att uppsägningen berodde på Kaltofts övervikt och har tagit hans fall ända upp till EU-domstolen. EU-domstolen har inte kommit med sitt beslut ännu men ett förhandsavgörande från generaladvokaten ger oss indikationer på hur domstolen kommer att döma i frågan. Fallet kommer att påverka den rättsliga synen på fetma i hela EU och även klargöra hur rättsläget ser ut i Sverige.

Inom såväl unionsrätten som i svensk rätt omfattas funktionsnedsatta personer av skyddet mot diskriminering i arbetslivet. I unionsrätten infördes det ursprungliga diskrimineringskyddet för funktionsnedsatta i artikel 13 i Amsterdamfördraget (numera artikel 19 FEUF) och reglerades på europainivå genom direktiv 2000/78/EG. I diskrimineringskyddet inkluderas kravet på att arbetsgivaren ska vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder och om fetma anses kunna klassas som en funktionsnedsättning skulle detta betyda förändringar på arbetsmarknaden. Arbetsgivare skulle i första hand vara tvungna att ta hänsyn till den ”nya” funktionsnedsättningen i anställningsförfarandet så att inte överviktiga diskrimineras. Arbetsgivaren skulle också få andra skyldigheter att anpassa arbetet och rehabilitera överviktiga. Intressant är vad som menas med överviktig och vad skyddet skulle innebära i det enskilda fallet.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med vår uppsats är att med bakgrund i unionsrätten och i svensk rätt undersöka under vilka förhållanden som fetma kan anses vara en funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering.

Mot bakgrund av det ovan nämnda syftet avser vi att besvara följande frågeställningar:

¹ Lag & Avtal nr 7, september, 2014.

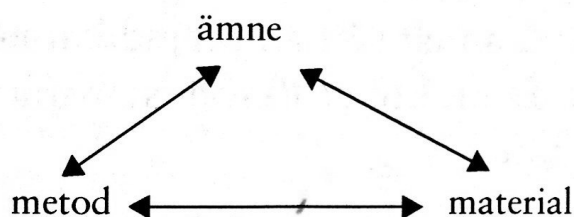
- Vad inkluderas i begreppet funktionsnedsättning i ett internationellt perspektiv?
- Vad inkluderas i begreppet funktionsnedsättning i svensk rätt?
- Under vilka förhållanden kan fetma anses vara en funktionsnedsättning ur ett rättsvetenskapligt perspektiv?

1.3 Avgränsningar

I vår uppsats kommer vi att behandla begreppet funktionsnedsättning utifrån ett arbetslivsperspektiv. Vi kommer därför inte behandla övriga diskrimineringsområden såsom skola och utbildning, hälso- och sjukvård samt övriga samhällsområden.² Bestämmelser gällande stöd- och anpassningsåtgärder återfinns i arbetsmiljölagen. Vi har dock valt att inte redogöra för dessa regler ingående då vi skriver utifrån ett diskrimineringsperspektiv. I vår uppsats belyser vi fallet *Kaltoft* vars dom inte fastslagits i skrivande stund.³

1.4 Metod och material

Vi har valt att använda oss av traditionell juridisk metod även kallad rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden tolkar och systematiserar innehållet i gällande rätt med utgångspunkt av de befintliga rättskällorna. *De lege lata*, är att fastställa vilka rättsregler som finns och *de lege ferenda* vilka som borde finnas.⁴ I boken *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* beskrivs en modell, ”triaden”, om hur ämne, material och metod förhåller sig till varandra. Se nedanstående bild.



² Vi är medvetna om att den svenska diskrimineringslagen kan åberopas till skydd mot diskriminering på grund av funktionsnedsättning på lagens samtliga samhällsområden men har valt att avgränsa oss till att endast redogöra för funktionsnedsättning i arbetslivet.

³ Domen till C-354/13 *Kaltoft* fastslogs den 18 december 2014.

⁴ Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 2014, s. 203 f.
Strömholm, Stig, *Allmän rättslära*, 1996, s. 9.

Utifrån modellen valde vi först ut ett ämne för att därefter kunna bestämma frågeställningar som vi ville besvara. Med utgångspunkt i frågeställningarna valde vi metod och material.⁵

Vi har huvudsakligen utgått från EU-rätt och därefter gått in i den svenska rätten. I vår EU-rättsliga del har vi använt oss av boken *EU-rättslig metod*.⁶ De rättskällor vi använt är Lissabonfördraget, Rådets direktiv av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling, FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning samt rättspraxis från EU-domstolen. FN-konventionen ingår inte i rättsdogmatisk metod men Sverige har anslutit sig till de centrala konventionerna om mänskliga rättigheter och rapporterar regelbundet till FN om arbetet för att säkerställa full respekt för de mänskliga rättigheterna i Sverige. Konventionen är bindande för de anslutna staterna. Tillsammans utgör staterna ett universellt ramverk för att främja arbetet med de mänskliga rättigheterna.⁷

Inom EU-rätten talar man om två centrala kategorier, primär- och sekundärrätt, vilka delar in de skrivna rättsnormerna.⁸ Primärrätten är Europeiska unionens grundläggande rätt vilket innebär att den gäller före all annan gemenskapsrätt. Primärrätten utgörs av fördrag vilket innebär att den skapas genom enhälliga beslut av medlemsländerna och som ska godkännas av respektive medlemsland som överensstämmer med dess konstitutionella bestämmelser. De rättsakter som kan utfärdas med stöd av fördragen kallas för sekundärrätt. Hit räknas framförallt de bindande rättsakter som institutionerna kan utfärda, det vill säga förordningar, direktiv och beslut.⁹ Till sekundärrätten räknas dessutom internationella avtal som EU ingår med utanförstående länder och internationella organisationer.¹⁰

Primärrätt och rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper är *bindande rättskällor* det vill säga att rättstillämparen är skyldig att följa dem. Detsamma gäller för EU-domstolens och tribunalens rättspraxis. Däremot är förarbeten, generaladvokatens förslag till avgöranden samt den EU-rättsliga doktrinen endast *vägledande*.¹¹

EU-domstolen har dömt i ett antal mål gällande funktionsnedsättning och domarna ger begreppet en djupare innebörd. I uppsatsen har vi behandlat samtliga domar avseende funktionsnedsättning och direktiv 2000/78/EG. Rättspraxis gör det lättare att lösa kvalificerade problem. Rättens utgångspunkt är att ”lika fall

⁵ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2010, s. 45.

⁶ Hettne, Jörgen Otken, Eriksson, Ida (red.) *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011.

⁷ Regeringskansliet, *FN:s konventioner om Mänskliga rättigheter*, 2011, s.3 ff.

⁸ Lehrberg, Bert, *Praktik Juridisk Metod*, 2014, s. 113.

⁹ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 40 ff. & Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 33 ff.

¹⁰ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 40 ff.

¹¹ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 46 ff.

skall behandlas lika”.¹² För att få ett bredare perspektiv av begreppet funktionsnedsättning samt en definition av fetma har vi även tittat på World Health Organization’s (WHO) klassifikationssystem. WHO ingår inte i den rättsdogmatiska metoden men såväl EU-domstolen som relevant doktrin på området hänvisar till WHO:s definition. Denna källa bedöms därför vara till nytta för arbetet.

I den nationella delen har vi utgått ifrån den nya diskrimineringslagen som träder i kraft den 1 januari 2015. För att få en bredare förståelse för lagens bestämmelser har vi använt oss av doktrin och förarbeten vilka identifierar och kategoriserar arbetsrättsliga problem som kan uppstå. Vi har ständigt försökt att förhålla oss kritiska till informationen vi tagit till oss för att vårt arbete ska bli så trovärdigt som möjligt. Den svenska diskrimineringslagstiftningen gällande funktionsnedsättning har hittills varit föremål för ett litet antal domar i Arbetsdomstolen. Vi anser utifrån de rättsfall vi läst att de inte bidragit till att besvara våra frågeställningar och därför har vi inte redogjort för någon svensk rättspraxis i vår uppsats.

I vår uppsats har vi valt att använda begreppen funktionsnedsättning och funktionshinder synonymt. Vi har i det yttersta använt oss av begreppet såsom det används i sin kontext, det vill säga, när vi skriver om direktiv 2000/78/EG använder vi oss av *funktionshinder* eftersom den svenska översättningen av direktivet använder detta begrepp. I svensk rätt (fr.o.m. 2015-01-01) och i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning används begreppet *funktionsnedsättning* vilket gör att vi har valt att använda detta begrepp när vi skriver om dessa två områden.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i fyra större huvudkapitel för att ge en överblick över arbetet. Det *första kapitlet* handlar om uppsatsens bakgrund och uppbyggnad. Där presenteras ämne och problem. Vidare beskrivs syfte, frågeställning, avgränsning, följt av metod och material samt disposition. Det *andra kapitlet* behandlar begreppet funktionsnedsättning i ett internationellt perspektiv. Här beskriver vi FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, WHO:s internationella klassifikationssystem och direktiv 2000/78/EG. I kapitlet redogörs också för EU-domstolens rättspraxis avseende funktionsnedsättning och direktiv 2000/78/EG. I kapitlets sista avsnitt belyser vi fetma som en funktionsnedsättning. Här beskriver vi WHO:s definition av fetma, målet *Kaltoft* samt generaladvokatens förhandsavgörande till målet *Kaltoft*. Det *tredje kapitlet* redogör för begreppet funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen (2008:567). Nya bestämmelser rörande funktionsnedsättning träder i kraft 1

¹² Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, 2014, s.206 f.
Strömholm, Stig, *Allmän rättslära*, 1996, s.9.

januari 2015 vilka två av bestämmelserna vi valt att förklara här. Vi har valt att beskriva dessa två bestämmelser då vi menar att de bidrar till en djupare förståelse till begreppet funktionsnedsättning enligt svensk rätt. I det *fjärde kapitlet* analyserar vi det presenterade materialet. Vi diskuterar arbetsmarknadens förändringar om fetma kan anses inkluderas i begreppet funktionsnedsättning. Här lyfts våra egna tankar och funderingar fram.

2. Funktionsnedsättning i ett internationellt perspektiv.

2.1 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Den 13 december 2006 antog Förenta Nationernas (FN) generalförsamling en konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Konventionens syfte är ”att främja, skydda och säkerställa det fulla och lika åtnjutandet av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla personer med funktionsnedsättning och att främja respekten för deras inneboende värde.”¹³ Personer med funktionsnedsättning avser bland annat ”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.”¹⁴ Den 15 december 2008 ratificerade Sverige konventionen och den 14 januari 2009 trädde den i kraft. Europeiska Unionen har godkänt konventionen¹⁵ och dess bestämmelser är därmed integrerade i unionens rättsordning.¹⁶

Konventionen innehåller ingen tydlig definition av begreppet funktionsnedsättning, men indikationer av vad det skall läggas tyngd vid när man definierar funktionsnedsättning. FN:s funktionsnedsättningsbegrepp är miljörelaterat. Funktionshinder är inte en egenskap hos människor med en funktionsnedsättning, utan något som uppstår i samspelet mellan människor med funktionsnedsättningar och barriärer i deras omgivning som i större eller mindre utsträckning är öppna för personer på olika funktionsnivåer.¹⁷

Begreppet funktionsnedsättning är således efter FN-konventionen ett interaktivt begrepp, där en funktionsnedsättning av fysisk, psykisk, intellektuell eller sensorisk natur i samspel med omgivningens reaktion leder till ett större eller mindre funktionshinder.¹⁸ Detta interaktiva begrepp skall också tolkas in i EU-reglerna och därmed i alla nationella bestämmelser som implementerat direktiv 2000/78/EG. Detta förefaller inte särskilt tydligt i den svenska definitionen som

¹³ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning artikel 1.1.

¹⁴ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning artikel 1.2.

¹⁵ Rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009.

¹⁶ Prop. 2013/14:198 s.19.

¹⁷ Nielsen, Ruth, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 424.

¹⁸ Nielsen, Ruth, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 424.

endast nämner funktionsnedsättning och inte omgivningens reaktion på detta som en del av begreppet.¹⁹

Diskriminering på grund av funktionsnedsättning omfattar alla former av diskriminering, inklusive underlåtenhet att göra skälig anpassning. *Skälig anpassning* betyder ”nödvändiga och ändamålsenliga ändringar och anpassningar, som inte innebär en oproportionerlig eller omotiverad börda när så behövs i ett enskilt fall för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning på lika villkor som andra kan åtnjuta eller utöva alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.”²⁰

2.2 WHO:s internationella klassifikationssystem

1976 beslutade WHO att publicera ett internationellt klassifikationssystem om funktionsbegränsning, begränsning av förmåga och handikapp (ICIDH - engelsk förkortning av International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps). Socialstyrelsen (SoS) utgav 1997 en svensk översättning av detta klassifikationssystem:

1. Funktionsbegränsning: varje förlust eller avvikelse i psykologisk, fysiologisk eller anatomisk struktur eller funktion.
2. Begränsning av förmåga: varje begränsning i eller brist på förmåga att utföra aktivitet på ett normalt sätt och inom gränser som anses normala för en människa.
3. Handikapp: en olägenhet för en given person och en följd av en funktionsbegränsning eller en begränsning av förmåga som inskränker eller hindrar fullföljandet av en roll som är normalt med hänsyn till personens ålder, kön, sociala och kulturella förhållanden.²¹

De tre olika begreppen grundas på organnivå, personnivå och samhällsnivå. *Funktionsbegränsning* kan till exempel vara hörselskada, synskada och svårt rörelsehinder. En del är synliga medan andra är osynliga som till exempel tarmsjukdom. Det finns olika varaktighet som till exempel “botad cancer” och ADHD som i viss mån är degressiv, det vill säga att sjukdomen kan minska. *Begränsning av förmåga* förekommer om en person med en funktionsbegränsning inte kan utföra de aktiviteter som anses vara normala i samhällslivet. Ett exempel är en döv person som inte har någon möjlighet att arbeta som telefonist. Detta gäller dock inte alla som har en funktionsbegränsning, till exempel de personer som har en kosmetisk skada. De kan nämligen utföra normala aktiviteter utan

¹⁹ Nielsen, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 427.

²⁰ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning artikel 2.

²¹ Sahlin, Richard, *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: en offentlighetsstudie*, 2004, s. 32 ff.

någon större begränsning jämfört med majoritetsgruppen.²² *Handikapp* innebär att om en person med en funktionsbegränsning eller begränsning av förmåga, får en försvagning som hindrar honom eller henne från att utföra den roll som anses normal utifrån socialekonomiska faktorer. Till exempel att en döv person inte har lika stor glädje av en film som är otextad som en hörande person har. En person med kosmetiska besvär har ingen begränsning av sin förmåga men kan trots detta drabbas av en nackdel av att han eller hon inte får möjlighet till jobb på grund av sitt utseende under till exempel en intervjusituation. Detta kan förändras genom att negativa attityder förändras till mer positiva, fördomar bekämpas. En del punkter har kritiserats angående detta klassificeringssystem och en sak som bland annat tagits upp är vad som egentligen anses som "normalt"? Vilken människa är normal och vilka aktiviteter är normala?²³ På grund av kritiken antogs ett nytt klassifikationssystem 2001 som heter *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF). Funktionstillstånd och funktionshinder är två paraplybegrepp över positiva respektive negativa element inom hälsoområden. Dessa delas in i komponent A (om kroppsfunktioner samt struktur) och komponent B (om aktiviteter och delaktighet). SoS har utgett en svensk översättning som definieras:

Komponent A:

1. Kroppsfunktioner är kroppssystemens fysiologiska funktioner, inklusive psykologiska funktioner.
2. Kroppsstrukturer är anatomiska delar av kroppen såsom organ, lemmar och deras komponenter.
3. Funktionsnedsättningar respektive strukturavvikelser är problem såsom en betydande avvikelse eller förlust i kroppsfunktion eller kroppsstruktur.

Komponent B:

4. Aktivitet är en persons genomförande av en uppgift eller handling.
5. Aktivitetsbegränsningar är svårigheter som en person kan ha vid genomförandet av aktiviteter.
6. Delaktighet är en persons engagemang i en livssituation.
7. Delaktighetsinskränkningar är problem som en person kan ha i att kunna engagera sig i olika livssituationer.

Av dessa element framgår att ICF (till skillnad från ICIDH) inte grundas på en minoritetsmodell utan på en universell modell. ICF kan användas för att beskriva

²² Sahlin, Richard, *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: en offentlighetsstudie*, 2004, s. 32 ff.

²³ Sahlin, Richard, *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: en offentlighetsstudie*, 2004, s. 32 ff.

alla människor och är inte begränsad till att endast beskriva människors eventuella funktionshinder.²⁴

2.3 Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Som tidigare nämnts²⁵ infördes det första diskrimineringskyddet för funktionsnedsatta i unionsrätten genom artikel 13 i Amsterdamfördraget (numera artikel 19 i FEUF) och denna artikel utgör den rättsliga grunden för direktiv 2000/78/EG.²⁶

Syftet med direktiv 2000/78/EG, även kallat arbetslivsdirektivet, är ”att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.”²⁷ Direktivets diskrimineringsförbud gäller alltså bland annat diskrimineringsgrunden funktionshinder.

Arbetslivsdirektivet är ett så kallat minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna får införa eller behålla bestämmelser som går längre, i syfte att bevara likabehandlingsprincipen, än de som fastställts i direktiven. Genomförandet av direktivet får inte utgöra skäl för att inskränka det skydd som redan finns i medlemsstaterna på de områden som ryms av direktivet.²⁸

EU-domstolen uttalade i målet *Chacón Navas* (för redogörelse se 2.4.1) att begreppet funktionshinder inte är definierat i arbetslivsdirektivet. När det gäller definitionen av detta begrepp hänvisas det i direktivet inte heller till medlemsstaternas rättsordningar. Det följer dock av såväl kraven om en enhetlig tillämpning av EU-rätten som av likhetsprincipen, att en bestämmelse i EU-rätten, som inte innehåller en uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rätt med syfte att fastställa dess innebörd och räckvidd, skall normalt i hela EU ges en självständig och enhetlig tolkning, som måste ta hänsyn till sammanhanget och syftet med ordningen.²⁹

Arbetslivsdirektivet redogör för rimliga anpassningsåtgärder utifrån ett diskrimineringsperspektiv. Enligt artikel 5 ska sådana anpassningsåtgärder

²⁴Sahlin, Richard, *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: en offentlighetsstudie*, 2004, s. 32 ff.

²⁵ Se 1.1 *Bakgrund*.

²⁶ Prop. 2013/14:198 s.23.

²⁷ Direktiv 2000/78/EG Artikel 1.

²⁸ Prop. 2013/14:198 s.24.

²⁹ Nielsen, Ruth, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 423.

garantera principen om likabehandling. Av artikeln framgår att arbetsgivaren skall vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder för att göra det möjligt för dessa personer ”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.”³⁰ ”Om den börda i tillräcklig grad kompenseras genom åtgärder som redan ingår i den berörda medlemsstatens politik för personer med funktionshinder bör den inte anses som oproportionerlig.”³¹ När man avgör vad som medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren ska särskilt beaktas de ekonomiska och andra kostnader som åtgärderna medför, företagets storlek och ekonomiska resurser samt möjligheten att erhålla offentliga medel eller annat stöd.³² Anpassningarna ska vara lämpliga i förhållande till den funktionshindrade personens behov och en bedömning skall göras i varje enskilt fall.³³

Skyldigheten av skäligen anpassning är en mycket väsentlig förnyelse och vidareutveckling av diskrimineringsförbudet. Viktigt att betona är att anpassningsskyldigheten är en del av diskrimineringsförbudet och inte en form av positiv särbehandling av funktionshindrade.³⁴ Gällande positiv särbehandling av funktionshindrade tillåter artikel sju i arbetslivsdirektivet medlemsstaterna att införa en sådan bestämmelse men det finns inget krav på att göra det. Krav finns däremot på arbetsgivare i medlemsstaterna på så sätt att de är skyldiga att vidta skäligen anpassningsåtgärder i de situationer som kräver det. En arbetsgivare som inte uppfyller anpassningskravet och behandlar en person med funktionsnedsättning negativt på grund av just funktionsnedsättningen där det kunde och borde ha vidtagits anpassningsåtgärder bryter mot diskrimineringsförbudet. Det varierar om det är direkt eller indirekt diskriminering.³⁵

2.4 EU-domstolens praxis

Begreppet funktionsnedsättning har utvecklats i praxis från EU-domstolen, framförallt när det gäller begreppet i direktiv 2000/78/EG.³⁶ Vi kommer nedan att redogöra för fyra mål som har utvidgat begreppet och beskriver dessa mål i kronologisk ordning. Fallet *Kaltoft* har vi valt att behandla under rubriken *Fetma som funktionsnedsättning*. Detta val gjorde vi för att EU-domstolen inte kommit med sitt beslut ännu och för att fallet *Kaltoft* specifikt rör om fetma kan anses som en funktionsnedsättning eller inte.

³⁰ Direktiv 2000/78/EG artikel 5.

³¹ Direktiv 2000/78/EG artikel 5.

³² Direktiv 2000/78/EG skäl 21.

³³ Direktiv 2000/78/EG artikel 5.

³⁴ Nielsen, Ruth, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 432.

³⁵ Nielsen, Ruth, *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*, 2010, s. 432.

³⁶ Wahl, Nils, Förslag till förhandsavgörande till Målc-363/12, punkt 86, 20130926.

2.4.1 Mål C-13/05 *Chacón Navas*

I EU-domstolens dom i målet *Chacón Navas* behandlades framförallt tolkningen av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG.

Domstolen utredde om sjukdom kunde inkluderas i begreppet eller inte. De konstaterade att sjukdom inte kan omfattas av skyddet mot diskriminering på grund av funktionshinder i direktiv 2000/78/EG. I direktivet finns det ingen antydning om att en arbetstagare är skyddad av förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder då en sjukdom, oavsett art, visar sig.³⁷ Domstolen konstaterade att lagstiftaren har gjort ett val i direktiv 2000/78/EG genom att använda ett begrepp som skiljer sig från begreppet sjukdom. Det går därmed inte att likställa dessa två begrepp.³⁸ Domstolen slog fast ”att funktionshinder ska förstås som en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet.”³⁹

I domen diskuterades också varaktigheten av funktionshindret och domstolen belyste att lagstiftaren till direktivet har fäst stor vikt vid anpassningsåtgärder på arbetsplatsen till personer med funktionshinder. Detta visar på att bestämmelsen är avsedd att gälla situationer där människor är hindrade att delta i arbetslivet under en lång tidsperiod. För att nedsatt arbetsförmåga ska omfattas av begreppet funktionshinder ska det vara troligt att begränsningen varar under lång tid.⁴⁰

När det gäller skyddet mot uppsägning för funktionshindrade personer uttalar domstolen följande: ”Förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i artiklarna 2.1 och 3.1c i direktiv 2000/78/EG utgör – i fråga om uppsägning – hinder för en uppsägning på grund av funktionshinder som, med iakttagande av skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder, inte är motiverad av att personen saknar kompetens eller förmåga eller inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter.”⁴¹

Värt att notera är att FN-konventionen ratificerades av EU år 2009 och kom alltså efter det att domen i detta mål meddelats.

2.4.2 Mål 303/06 *Coleman*

I domen *Coleman* fastslog EU-domstolen att även föräldrar till ett funktionshindrat barn skyddas mot diskriminering och inte får utsättas för sämre

³⁷ Mål C-13/05 punkt 46.

³⁸ Mål C-13/05 punkt 44.

³⁹ Mål C-13/05 punkt 43.

⁴⁰ Mål C-13/05 punkt 45.

⁴¹ Mål C-13/05 punkt 52.

behandling som har samband med barnets funktionshinder.⁴² EU-domstolen klargjorde att principen om likabehandling i direktiv 2000/78/EG inte ska tolkas restriktivt och att det inte bara är personer med funktionshinder som avses.⁴³ Tillämpligheten av likabehandlingsprincipen som avses i direktivet är inte beroende av ”att det är fråga om en bestämd personkategori utan av att det är fråga om en sådan grund som anges i artikel 1 i direktiv.”⁴⁴ Domstolen uttalade också att direktivets ändamålsenliga verkan skulle äventyras om en anställd inte kunde stödja sig på förbudet mot direkt diskriminering när det är bevisat att denna behandlas mindre förmånligt än en annan i en jämförbar situation på grund av att den anställde har ett funktionshindrat barn.⁴⁵

2.4.3 Mål C-335/11 HK Danmark mot Ring och C-337/11 HK Danmark mot Skouboe Werge

I de förenade målen avser domen tolkning av artiklarna 1, 2 och 5 i direktiv 2000/78/EG. Denna dom skiljer sig från de ovan nämnda domarna då *FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning* vid denna tidpunkt godkännts av unionen.⁴⁶ Direktiv 2000/78/EG ska så långt som möjligt tolkas i överensstämmelse med konventionen. Domstolen fann därför, till följd av unionens ratificering av FN-konventionen, att begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG ska förstås som ”en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mental skador, vilka i samspel med olika hinder motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare.”⁴⁷

I denna dom diskuterades bland annat vilken betydelse den bakomliggande faktorn har till hur funktionshindret uppstått. Det framgår inte av direktiv 2000/78/EG att det endast är funktionshinder som är medfödda eller har orsakats av olycksfall och inte funktionshinder som orsakats av sjukdom, som omfattas av begreppet i direktivet. Det skulle strida mot direktivets mål att genomföra likabehandlingsprincipen om frågan hur direktivet ska tillämpas skulle vara beroende av orsaken till funktionshindret.⁴⁸ Domstolen konstaterade följaktligen ”att om en obotlig eller övergående sjukdom medför en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och om denna begränsning varar under en lång tid, kan en sådan sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i

⁴² Mål 303/06 punkt 56.

⁴³ Mål 303/06 punkt 43.

⁴⁴ Mål 303/06 punkt 38.

⁴⁵ Mål 303/06 punkt 48.

⁴⁶ Rådets beslut 2010/48 av den 26 september 2009.

⁴⁷ Målen 335/11 och 337/11 punkt 38.

⁴⁸ Målen 335/11 och 337/11 punkt 40.

direktiv 2000/78/EG.”⁴⁹ Viktigt att poängtera här är att sjukdom som sådan inte är en diskrimineringsgrund i direktivet, vilket sades i den ovan nämnda domen C-13/05 *Chacón Navas*.

Vidare konstaterades att vilka anpassningsåtgärder som arbetsgivaren skall vidta inte är avgörande för huruvida en persons hälsotillstånd ska anses omfattas av begreppet funktionshinder.⁵⁰ I domen utreddes också om en minskning av arbetstiden kan utgöra en sådan anpassningsåtgärd som avses i artikel fem i direktivet. I denna fråga fastslår domstolen att förteckningen i skäl 20 i direktiv 2000/78/EG över åtgärder för att anpassa arbetsplatsen, inte är uttömmande och därför kan en minskning av arbetstiden anses utgöra en anpassningsåtgärd enligt arbetslivsdirektivet förutsatt att revideringen av arbetstiden gör det möjligt för arbetstagaren att fortsätta utföra sitt arbete i enlighet med denna artikels mål.⁵¹ Det är i sista skedet den nationella domstolen som ska pröva om en minskning av arbetstiden såsom anpassningsåtgärd medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren.⁵² Vidare i denna diskussion konstaterades att ett funktionshinder inte nödvändigtvis innebär att den berörde personen inte överhuvudtaget kan arbeta eller delta i arbetslivet. Även en funktionshindrad person som har förmågan att arbeta deltid omfattas av begreppet funktionshinder.⁵³

2.4.4 Mål C-363/12 Z

Målet handlar om Z, som fått barn genom surrogatavtal och domstolens bedömning av att neka henne betald ledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet med anledning av barnets födelse. Z lider av en ovanlig sjukdom som innebär att hon saknar livmoder och därför inte kan vara gravid. Hon lät en surrogatmamma föda hennes barn men Z och hennes man är genetiska föräldrar. En av huvudfrågorna som diskuterades i denna dom är om direktiv 2000/78/EG, mot bakgrund av FN-konventionen⁵⁴, ska tolkas så att det utgör diskriminering på grund av funktionshinder att neka en kvinnlig arbetstagare betald ledighet som är att likställa med mammaledighet och adoptionsledighet när hon inte kan vara gravid och har använt sig av surrogatfödelse.

Domstolen anser att Z:s ovanliga åkomma utgör en begränsning ”till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador och att denna är av varaktig karaktär. Det kan inte bestridas att omöjligheten för en kvinna att bli gravid kan orsaka en stort lidande för henne.”⁵⁵ Begreppet funktionshinder i den mening som avses i

⁴⁹ Målen 335/11 och 337/11 punkt 41.

⁵⁰ Målen 335/11 och 337/11 punkt 43-45.

⁵¹ Målen 335/11 och 337/11 punkt 56.

⁵² Målen 335/11 och 337/11 punkt 59.

⁵³ Målen 335/11 och 337/11 punkt 43-44.

⁵⁴ FN:s konvention om rättigheter med personer med funktionsnedsättning.

⁵⁵ Mål 363/12 punkt 76.

direktiv 2000/78/EG kräver dock att den begränsning som den berörda personen lider av, i samspel med olika hinder, kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. Vidare ska begreppet i direktivet förstås så att det avser både en omöjlighet att utföra yrkesarbete och en svårighet att utföra yrkesarbete.⁵⁶

Generaladvokaten framhöll i sitt förslag på avgörande att det faktum att en kvinna inte kan få barn på traditionellt vis i princip inte utgör något hinder för den beställande modern att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet. I fallet framgår det inte att Z:s sjukdom i sig har medfört att hon inte kunnat utföra sitt arbete eller har gjort så att hon haft svårigheter att utföra sitt arbete.⁵⁷ Domstolen anser med bakgrund av generaladvokatens utlåtande att den sjukdom som Z lider av inte utgör ett funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG och således är inte direktivet tillämpligt en i en sådan situation som i det aktuella fallet.

2.5 Fetma som funktionsnedsättning

2.5.1 Sjukdomen fetma

Fetma är en mycket vanlig och tabubelagd sjukdom och sjukdomen är ett växande problem i dagens samhälle. Numera talar man om en fetmaepidemi och fetma som en folksjukdom.⁵⁸ Det finns ett samband mellan fetma och skillnader mellan sociala klasser. Fetma har även en genetisk påverkan. Arbetsliv och stress kan även utgöra en del av förklaringarna. Forskning om skiftarbete visar att de som arbetar skift har en högre benägenhet att utveckla övervikt än deras arbetskamrater som arbetar dagtid. Oregelbundna arbetstider ökar risken för övervikt och fetma.⁵⁹ Att tillfälligt gå ner i vikt är möjligt för de flesta, utmaningen är att behålla den nya lägre vikten. Stillasittande och monotona jobb är oftast negativa ur hälsosynpunkt.⁶⁰ Enligt Finn Rasmussen är fetma en kronisk sjukdom som kräver behandling. Övervikt ses däremot inte som en sjukdom utan som ett risktillstånd.⁶¹

⁵⁶ Mål 363/12 punkt 77.

⁵⁷ Wahl Nils, Förslag till avgörande av generaladvokat, Mål C-363/12, 2013, p. 97.

⁵⁸ Löndahl, Charlotte, *Fetma – vår nya folksjukdom?*, 2007, s. 6.

⁵⁹ Löndahl, Charlotte, *Fetma – vår nya folksjukdom?*, 2007, s. 6.

⁶⁰ Löndahl, Charlotte, *Fetma – vår nya folksjukdom?*, 2007, s. 8.

⁶¹ Löndahl, Charlotte, *Fetma – vår nya folksjukdom?*, 2007, s. 11.

2.5.2 WHO:s definition av fetma

BMI⁶²-gränserna för vad som klassas som övervikt respektive fetma har fastställts av Världshälsoorganisationen (WHO). När man avgör om en person är överviktig tar man hänsyn till vad personen väger och hur lång den är. Genom att dividera personens vikt i kilo med längden i meter i kvadrat kan man bestämma en persons Body Mass Index (BMI). WHO har föreslagit en klassindelning när det gäller fetma. När BMI är mellan 25 och 29,9 räknas det som övervikt, 30 och mer är det fetma och över 40 klassas det som sjuklig fetma.⁶³ BMI-gränserna är samma för kvinnor och män. En svaghet när det gäller BMI är att klassindelningen inte kan skilja mellan fett- och muskelmassa. Allt vanligare metoder att bestämma fetma är därför via midjeomfånget.⁶⁴ Fetma innebär ökad risk att drabbas för allvarliga följsjukdomar som typ 2-diabetes, förhöjt blodtryck, hjärt-och kärlsjukdomar och vissa cancersjukdomar. Ett högt BMI ökar även risken för gallsten, ledbesvär och barnlöshet. WHO har förstärkt i sina stadgar att fetma är en kronisk sjukdom.⁶⁵

2.5.3 Mål C-354/13 *Karltoft*

I Danmark fick en anställd, Karsten Karltoft, sparken på grund av fetma. Han arbetade som dagbarnvårdare inom barnomsorgen. Karsten blev uppsagd från sitt arbete när antalet barn minskade. Arbetsgivaren, Billunds kommun i Danmark, har gjort gällande att Karsten Karltofts fetma inte kan anses medföra en begränsning som kan hindra personens fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, eftersom han har arbetat som dagbarnvårdare i kommunen i 15 år och har deltagit i yrkeslivet på lika villkor som övriga anställda. Enligt Karltoft och hans fackförbund FOA var skälet till uppsägningen hans fetma. Han vägde 160 kilo vid uppsägningstillfället, lika mycket som han vägde när han anställdes. Med ett BMI på 54 ansågs han därför som fet. Arbetsgivaren hävdar att han sades upp på grund av arbetsbrist men menar även att det inte är förbjudet att särbehandla människor på grund av deras vikt. Den danska domstolen har begärt att EU-domstolen ska klargöra huruvida EU-rätten innehåller ett självständigt förbud mot diskriminering på grund av fetma. Vidare så vill den nationella domstolen ha svar på om fetma kan anses som ett funktionshinder och därmed omfattas av direktiv 2000/78/EG.

2.5.3.1 Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-354/13

Generaladvokaten Jääskinen anser att det inte finns någon allmän unionsrättslig princip som förbjuder diskriminering på grund av fetma i sig, men att sjuklig

⁶² BMI = Body Mass Index.

⁶³ Stahre, Lisbeth, *Kognitiv behandling vid övervikt och fetma*, 2014 s. 26.

⁶⁴ Stahre, Lisbeth, *Kognitiv behandling vid övervikt och fetma*, 2014 s. 25 f.

⁶⁵ Löndahl, Charlotte, *Fetma – vår nya folksjukdom?* 2007, s.12.

fetma kan omfattas av begreppet *funktionshinder* om det är av sådan art att ”den motverkar den berördes fulla och aktiva deltagande i yrkeslivet på lika villkor som andra arbetstagare.”⁶⁶ Han menar att endast extrem, svår eller sjuklig fetma, det vill säga med ett BMI över 40, som skapar begränsningar i form av problem med rörlighet, uthållighet och humör ska räknas in i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG. Vidare poängterar han också att funktionshindrets orsak är irrelevant: ”Begreppet funktionshinder är objektivt och inte beroende av om det är ’självförvållat’ i den bemärkelsen att personen har bidragit till funktionshindrets uppkomst genom överdrivet näringsintag. Om så inte vore fallet skulle fysiska funktionshinder på grund av ett medvetet och vårdslöst risktagande i trafiken eller i samband med sport inte utgöra funktionshinder”, menar Jääskinen.⁶⁷ Generaladvokaten nämner även, utifrån FN-konventionen, att miljö nu är en inkluderande faktor i begreppet funktionsnedsättning. Funktionshindret uppstår i samspel mellan människor med funktionsnedsättning och omgivningen. Funktionsnedsättningen omvandlas därmed till ett funktionshinder i olika miljöer i samhället och därmed också i arbetslivet.

Ett villkor för att Karsten Kaltoft ska få skydd mot diskriminering på grund av funktionshinder, genom arbetslivsdirektivet 2000/78/EG, behöver inte vara att det är omöjligt för honom att utföra sitt arbete som dagbarnvårdare. Enligt rättspraxis behöver han bara motsvara begreppet funktionshinder som avses i direktivet att det ska förstås som en begränsning till följd av långvariga, fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. Domstolen har vidare fastställt att uttrycket *personer med funktionshinder* i direktivet ska förstås som så att det omfattar alla personer med ett funktionshinder som stämmer överens med denna definition.

⁶⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen MÅL C-354/13, punkt 30.

⁶⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen MÅL C-354/13, punkt 58.

3. Funktionsnedsättning i ett svenskt perspektiv

3.1 Funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen (2008:567)

Den rättsliga utgångspunkten för förbudet mot diskriminering i diskrimineringslagen finns i artikel 19 i FEUF (f.d. artikel 13 i Amsterdamfördraget) som ger EU rätt att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av bland annat funktionshinder.⁶⁸ Lagstiftning om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (FUDA) infördes ursprungligen i Sverige den 1 maj 1999.⁶⁹ Vår nuvarande diskrimineringslag trädde i kraft 1 januari 2009. Diskrimineringslagens ändamål är ”att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.”⁷⁰

Regleringen av diskriminering mot funktionsnedsättning är speciell jämfört med övriga diskrimineringsgrunder då de övriga grunderna vanligtvis inte påverkar förmågan att utföra arbete, vilket typiskt sett en funktionsnedsättning gör.⁷¹ Det finns en specialregel i lagen som just riktar sig mot förhållandet att funktionsnedsättning kan påverka arbetsförmågan, nämligen arbetsgivarens krav på att vidta anpassningsåtgärder. Nedan i avsnitt 3.3 görs en beskrivning av hur Sverige reglerar stöd- och anpassningsåtgärder.

3.1.1 Från funktionshinder till funktionsnedsättning

Den 1 januari 2015 ändras det omdiskuterade begreppet funktionshinder i svensk rätt. Lagändringen medför att diskrimineringsgrunden *funktionshinder* ändras till *funktionsnedsättning*. I detta avsnitt kommer vi att redogöra för varför en ändring sker.

⁶⁸ Gabinus, Göransson, Håkan, et al., *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 26 f.

⁶⁹ SFS 1999:132.

⁷⁰ 1 § DL (träder i kraft 2015-01-01).

⁷¹ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 393.

Funktionsnedsättning är det begrepp som idag används av organisationer som företräder människor med funktionsnedsättning och skälet är att uttrycket uppfattas som neutralt beskrivande och inte stigmatiserande. När det beslutas om vilken term som skall användas i en författningstext, och i andra officiella texter på svenska, bör stor hänsyn tas till hur de människor som särskilt berörs uppfattar ett visst språk. Begreppet funktionsnedsättning är också det ord som används i den svenska översättningen av FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, liksom i Socialstyrelsens termbank med rekommenderade begrepp och termer.⁷²

I arbetslivsdirektivet⁷³ används i den svenska språkversionen däremot uttrycket funktionshinder. Som nämnt ovan är arbetslivsdirektivet implementerat i svensk lag, bland annat genom diskrimineringslagen. Som också redogjorts för innan har Europeiska unionen godkänt FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning⁷⁴ vilket innebär att konventionen är en integrerad del av unionens rättsordning. EU-domstolen har konstaterat att unionens institutioner är bundna av sådana avtal, att avtalen har företrädare framför unionens rättsakter och att arbetslivsdirektivet därför i största möjliga mån ska tolkas i enlighet med FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.⁷⁵

Sammanfattningsvis är ändringen från begreppet funktionshinder till funktionsnedsättning enbart språklig och uttrycket funktionshinder bör ges den betydelse som funktionshinder har enligt definitionen i diskrimineringslagen.⁷⁶

3.1.2 Varaktighet

Enligt 1 kap 5 § diskrimineringslagen avses funktionsnedsättning vara varaktiga, fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå. Hur funktionsnedsättningen uppstått är irrelevant. Det behövs heller inte någon medicinsk diagnos. Det är själva förekomsten av funktionshindret som är avgörande för bedömningen.⁷⁷ Lagen är även tillämplig i samband om sjukdomar som har ett progressivt förlopp som till exempel cancer, HIV-smittade och multipel skleros. Dessa sjukdomar medför en stor risk för att den drabbade blir sämre med tiden. Eftersom det vanligtvis kan vara svårt att bedöma i vilken utsträckning ett sådant sjukdomstillstånd kommer att leda till en funktionsnedsättning eller inte, är det av stor betydelse att man redan från den förväntade utgångsläget ska kunna tillämpa lagen med tanke på att personen har drabbats av sjukdomen. Det ska alltså vara tillräckligt att det kan förväntas att sjukdomen kommer att medföra en

⁷² Prop. 2013/14:198 s.48 f.

⁷³ Direktiv 2000/78/EG.

⁷⁴ Rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009.

⁷⁵ Prop. 2013/14:198 s. 46.

⁷⁶ Prop. 2013/14:198 s. 48 ff.

⁷⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2010, s.122 ff.

funktionsnedsättning för att den sjuke ska omfattas av lagens skydd.⁷⁸ I definitionen finns, som tidigare nämnt, begreppet varaktighet. Rekvisitet varaktighet är ett nyckelbegrepp för att det ska vara fråga om en funktionsnedsättning i lagens mening.⁷⁹ Funktionsnedsättningar som är tillfälliga tillhör inte funktionsnedsättning enligt förarbetena.⁸⁰ Det anges ingen tidsram för ”varaktigheten” varken i lagen eller i förarbetena. Inghammar hämtar sitt stöd i 7 § LAS och han anser att en funktionsnedsättning som består eller förväntas bestå under en tidsperiod om tolv månader utgör en varaktig nedsättning.⁸¹

3.2 Direkt och indirekt diskriminering

Legaldefinitioner av direkt och indirekt diskriminering finner vi bland annat i arbetslivsdirektivet men vi har valt behandla dessa när vi redogör för det svenska perspektivet. Detta för att sätta in funktionsnedsättning i ett samband med direkt och indirekt diskriminering på den svenska arbetsmarknaden.

Begreppet diskriminering omfattar direkt och indirekt diskriminering. Med direkt diskriminering menas att någon *missgynnas* genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en *jämförbar situation*, om missgynnandet har *samband* med exempelvis funktionsnedsättning.⁸² Samtliga rekvisit måste vara uppfyllda för att en handling eller underlåtenhet ska ses som diskriminering.⁸³ Som det uttryckligen framgår av lagtexten så kan antingen en konkret eller en hypotetisk jämförelse göras mellan personer som befinner sig i jämförbara situationer. Detta uttrycks med orden ”behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”.⁸⁴

För att avgöra om två personer befinner sig i en likartad situation måste i första hand prövas om funktionsnedsättningen påverkar förmågan att utföra arbetet förutsatt att den funktionsnedsatta kan utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna. Om funktionsnedsättningen inte påverkar arbetsförmågan och det är fastställt att de två personerna har likvärdiga arbetsuppgifter, utbildning och erfarenhet, då föreligger en likartad situation och ett missgynnande kan innebära diskriminering. I motsatta situationen där en funktionsnedsättning inverkar negativt på

⁷⁸ Prop. 2007/08:95 s.122 ff.

⁷⁹Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, 2007, s. 282.

⁸⁰ Prop. 1997/98:179 s. 33.

⁸¹Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, 2007, s. 282.

⁸² 1 kap. 4 § p.1 DL.

⁸³ Gabinus Göransson, Håkan, et al., *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 43.

⁸⁴ Prop. 2007/08:95 s.100.

arbetsförmågan föreligger inte en likartad situation och därmed inte heller diskriminering.⁸⁵

Indirekt diskriminering innebär att någon *missgynnas* genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med till exempel viss funktionsnedsättning, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.⁸⁶ Bedömningen om indirekt diskriminering föreligger sker vid en intresseavvägning. För att det inte ska vara tal om indirekt diskriminering måste två krav vara uppfyllda. Det första är att syftet med till exempel en bestämmelse måste vara objektivt sett godtagbart. Det andra kravet är att åtgärden måste vara adekvat och nödvändig. Om det finns handlingsalternativ är inte åtgärden befogad. I motiven till FUDA så anges att både verksamhetsbehov och samhällliga mål kan anses vara objektivt godtagbara syften.⁸⁷

3.3 Bristande tillgänglighet i relation till tidigare skäliga stöd- och anpassningsåtgärder

I departementspromemorian *Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering*⁸⁸ föreslogs att det skulle införas en ny bestämmelse om förbud mot diskriminering i form av bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Förslaget behandlades vidare och samtidigt som funktionshinderbegreppet ändras⁸⁹ den 1 januari 2015 träder dessa nya bestämmelser i diskrimineringslagen i kraft. Den nya bestämmelsen innebär att bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning införs som en ny form av diskriminering i diskrimineringslagen.⁹⁰ Med bristande tillgänglighet menas att en person med funktionsnedsättning missgynnas genom att en verksamhet inte vidtar skäliga åtgärder för tillgänglighet för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning.⁹¹ Åtgärderna ska vara skäliga utifrån krav på tillgänglighet i lag eller annan författning och ska ta med hänsyn till de ekonomiska och praktiska förutsättningarna, varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan verksamhetsutövaren och den enskilde, samt andra omständigheter av betydelse.⁹²

⁸⁵ Prop. 1997/98:179 s. 40 f.

⁸⁶ 1 kap. 4 § p. 2 DL.

⁸⁷ Prop. 1997/08:95 s. 45.

⁸⁸ Ds 2010:20 *Bortom fagert tal - om bristande tillgänglighet som diskriminering*.

⁸⁹ Se avsnitt 3.1.1 i denna uppsats.

⁹⁰ 4 § p.3 DL (träder i kraft 2015-01-01).

⁹¹ 4 § p.3 DL (träder i kraft 2015-01-01).

⁹² 4 § p-3 DL (träder i kraft 2015-01-01).

Flera internationella åtaganden och konventioner som Sverige är en del av ställer krav på tillgänglighet som en mänsklig rättighet. Den viktigaste konventionen gällande frågan om tillgänglighet är FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionshinder. Även EU-rätten ställer krav på ett skydd mot bristande tillgänglighet för personer med funktionshinder i artikel fem i arbetslivsdirektivet.⁹³

Skälen till att införa bristande tillgänglighet som en form av diskriminering är huvudsakligen att öka tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning. Detta är en förutsättning för att uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället. Även om förbättringar har gjorts gällande frågan om att öka tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning, så saknas en faktisk möjlighet för en enskild att driva igenom sina rättigheter.⁹⁴ Genom att ändra diskrimineringslagen vill man införa ett starkare skydd mot bristande tillgänglighet.⁹⁵

3.3.1 Stöd- och anpassningsåtgärder

Idag finns det en likartad reglering i arbetslivet (2 kap 1§ diskrimineringslagen), vilken säger att diskrimineringsförbudet även gäller i fall då en arbetsgivare genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kan se till att en arbetstagare, en arbetssökande eller en yrkespraktikant med ett funktionshinder kan komma i en jämförbar situation med personer utan sådant funktionshinder.⁹⁶ Det nya diskrimineringsbegreppet gäller dock för alla de samhällsområden som omfattas av lagen. Samtidigt som den nya bestämmelsen träder i kraft försvinner den gamla lagregleringen.

I motiven till lagändringen finns det ingen redogörelse för ifall den nya bestämmelsen innebär det samma som den nuvarande regleringen av skäliga stöd- och anpassningsåtgärder i arbetslivet. Vi kommer nedan att beskriva hur stöd- och anpassningsåtgärder behandlas i förarbetena till bestämmelsen för att få en klar bild över hur den svenska rätten har tillämpat unionsrätten och FN:s konvention.

Som tidigare framhållits kan förekomsten av en funktionsnedsättning medföra att en jämförbar situation inte föreligger. Det är dock ofta möjligt att kompensera den begränsning som en funktionsnedsättning innebär för förmågan att utföra ett arbete genom att vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder. En arbetsgivare får inte fästa vikt vid en persons funktionsnedsättning om det är möjligt att genom stöd- och anpassningsåtgärder eliminera eller reducera funktionsnedsättningens påverkan på arbetsförmågan till en nivå där de väsentligaste arbetsuppgifterna kan

⁹³ Prop. 2013/14:198 s. 50.

⁹⁴ Prop. 2013/14:198 s. 51.

⁹⁵ Prop. 2013/14:198 s. 51.

⁹⁶ 2 kap. 1§ 2 st. DL.

utföras.⁹⁷ I förarbetena till FUDA ges exempel på anpassningsåtgärder i form av organisatoriska och administrativa förändringar. Exempel som tas upp är justeringar i arbetsorganisationen, anskaffande av arbetshjälpmedel samt ändring av arbetstider och arbetsuppgifter.⁹⁸ Om en arbetsgivare inte vidtar sådana skäliga anpassningsåtgärder så att den funktionsnedsatta personen har möjlighet att komma i en jämförbar situation, och ett missgynnande föreligger, skall även en sådan situation omfattas av förbudet mot direkt diskriminering.⁹⁹ Vad som är skäliga åtgärder ska bedömas i det enskilda fallet. Hänsyn vid bedömningen skall tas till arbetsgivarens (företagets) ekonomiska situation, faktiska möjligheten att vidta åtgärden, ”resultatet” av ha vidtagit åtgärden samt anställningens varaktighet.¹⁰⁰

När man talar om stöd- och anpassningsåtgärder kan man inte undgå att beröra bestämmelserna i arbetsmiljölagen. I arbetsmiljölagen finns bestämmelser som lägger ett stort ansvar på arbetsgivaren att vidta förebyggande åtgärder, stöd- och anpassningsåtgärder och rehabiliterande insatser för sina arbetstagare.¹⁰¹ En redogörelse för arbetsgivarens ansvar enligt arbetsmiljölagen görs dock inte här men vid intresse rekommenderar vi att läsa motiven till AML.

4. Analys och slutsats

4.1 Analys

Syftet med vår uppsats har varit att utreda om fetma kan räknas in i begreppet funktionsnedsättning och därmed omfattas av diskrimineringskyddet.

Diskussionen kring huruvida fetma kan anses som en funktionsnedsättning har under hösten uppmärksammats, mycket tack vare den danska dagbarnsvårdaren Karsten Karltoft. Vi anser att det är viktigt att ta diskussionen på allvar då övervikt och fetma blir allt vanligare i samhället. Fetma är ett samhällsproblem och i och med detta berörs också arbetslivet på grund av sjukdomens ökning. Nedan kommer vi att redogöra för under vilka omständigheter som fetma kan

⁹⁷ Prop. 1997/08:95 s. 50.

⁹⁸ Prop. 1997/08:95 s. 50.

⁹⁹ Prop. 1997/08:95 s. 52.

¹⁰⁰ Prop. 1997/08:95 s. 53 f.

¹⁰¹ För exempel se 2 kap. 1 § 2 st. AML, 3 kap. 2a § AML, 3 kap. 3 § 2 st. AML.

klassas som en funktionsnedsättning. Huvudpelaren när man ska utreda om fetma kan anses som ett funktionshinder och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering i arbetslivet är direktiv 2000/78/EG.

Begreppet funktionsnedsättning är relativt diffust och odefinierat vilket gör det svårt att utreda och fastställa vad som faktiskt kan anses ingå i begreppet. Vi väljer här i analysen att först analysera begreppet utifrån vad EU-domstolen har fastställt i de fyra domar som vi har belyst i vår rättsliga undersökning. Detta för att vi anser att det är med hjälp av domstolens praxis som begreppet får sin innebörd. Begreppet har utvecklats med tiden och sedan FN-konventionen godkänts har funktionsnedsättning fått en vidare definition. Domstolen slog fast i *Ring* och *Skouboe Werge*, till följd av unionens ratificering av FN-konventionen, att begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG ska förstås som “en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mental skador, vilka i samspel med olika hinder motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare”.

Fetma är en sjukdom och som EU-domstolen fastslog i domen *Chacón Navas* omfattas inte sjukdom av begreppet funktionsnedsättning. I den senare domen från 2011, *Ring* och *Skouboe Werge*, poängterade domstolen åter igen att sjukdom i sig inte är en diskrimineringsgrund i direktivet och hänvisade till *Chacón Navas*. Däremot så konstaterade domstolen i dessa förenade målen att om en obotlig eller övergående sjukdom medför en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och om denna begränsning varar under lång tid, kan en sådan sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG. Uttalandet från domstolen i *Ring*- och *Skouboe Werge*-domen ger en utvidgad definition av funktionsnedsättning tack vare FN-konventionen. Domstolens konstaterande anser vi går att applicera på sjukdomen fetma. Fetma är en sjukdom av såväl övergående karaktär som av obotligt slag. Det är en sjukdom som får konsekvenser, både på individnivå men också när en person som är drabbad av fetma möter omgivningen. Liksom en rullstolsbunden kan ha svårigheter att delta i arbetslivet kan en person som lider av fetma vara förhindrad att delta i arbetslivet.

I vår rättsliga undersökning valde vi att belysa *Coleman*-domen för att vi menar att denna dom visar på att begreppet funktionsnedsättning inte är ett snävt begrepp. I domen fastslogs att en person som diskrimineras på grund av att denne har en funktionsnedsatt anhörig också omfattas av diskrimineringskyddet i direktiv 2000/78/EG. EU-domstolen klargjorde att principen om likabehandling i direktivet inte ska tolkas restriktivt och att det inte endast är personer som själva har en funktionsnedsättning som avses. Vad har detta då för samband med fetma? Vi anser att domstolens fastställande ytterligare visar på att funktionsnedsättning

är ett brett begrepp som inte är hugget i sten. Domstolen fann också i målet *Ring* och *Skouboe Werge* att funktionsnedsättning måste anses utgöra ett begrepp under utveckling. Fetma är onekligen ett växande problem för samhället och därmed också i arbetslivet. Sjukdomen blir allt vanligare. Med detta i bakgrund ser vi därför att fetma skulle kunna inkluderas i begreppet funktionsnedsättning.

Domstolen framhöll i *Z-fallet* att funktionsnedsättning i direktiv 2000/78/EG ska förstås så att det inte endast avser en omöjlighet att utföra yrkesarbete utan även svårigheter att utföra sådant arbete. Domstolen framhöll att någon annan tolkning av direktivet skulle strida mot direktivets mål, som bland annat är att funktionsnedsatta personer ska få tillträde till eller delta i arbetslivet. Vidare underströk domstolen att begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78/EG förutsätter att den begränsning som den berörda personen lider av, i samspel med olika hinder, kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. Domstolen poängterar alltså att begränsningen ska inverka på personens deltagande i arbetslivet. Till stor del menar vi att fetma kan utgöra en sådan begränsning som inverkar på en persons deltagande i arbetslivet. Vilken omfattning som sjukdomen inverkar på arbetsförmågan är beroende av vilken sorts arbete vi talar om. Att domstolen betonar att funktionsnedsättningen inte behöver innebära en omöjlighet att utföra yrkesarbete utan att det räcker med en svårighet att utföra yrkesarbete tycker vi talar för att fetma skulle innebära en funktionsnedsättning som omfattas av direktiv 2000/78/EG.

Begreppet funktionsnedsättning har utvecklats mycket under de senaste tio åren och är under ständig förändring. WHO:s första internationella klassificeringssystem (ICIDH) fick som tidigare nämnt, kritik för sitt första förslag till en definition. Vi ställer oss kritiskt frågande till om det nya klassifikationssystemet (ICF) faktiskt gör begreppet mer greppbart och om systemet har förtydligat vad definitionen egentligen har för innebörd. I vår utredning till om fetma kan inkluderas i begreppet funktionsnedsättning har inte klassificeringen underlättat i någon större utsträckning. Vi har dock valt att ta med deras klassifikationssystem eftersom att definitionen har som syfte att underlätta vad begreppet innebär då det finns en begreppsförvirring. Enligt oss är det dock oklart hur mycket klassifikationssystemet egentligen används och i vilka sammanhang.

I och med ikraftträdandet av FN:s konvention har innebörden av begreppet funktionsnedsättning breddats på så vis att miljön nu är en inkluderande faktor. Det är miljön som sätter upp hinder för de funktionsnedsatta. Vi instämmer med Nielsens resonemang gällande att funktionshinder inte är en egenskap hos människan utan att funktionshinder uppstår i samspelet mellan människor med funktionsnedsättning och omgivningen. Funktionsnedsättningen hos en person omvandlas alltså till ett funktionshinder i olika miljöer i samhället och därmed

också i arbetslivet. I den svenska rätten ändras den 1 januari 2015 definitionen av begreppet. Funktionshinder ändras till funktionsnedsättning och enligt motiven är detta endast en språklig ändring och uttrycket funktionsnedsättning bör ges den betydelse som funktionshinder har enligt den nuvarande definitionen i diskrimineringslagen. Vi anser att den svenska definitionen av funktionsnedsättning saknar miljöperspektivet och sambandet mellan funktionsnedsättningen och de hindren uppstår i samspelet med omgivningen.

Som tidigare nämnt har i dagsläget frågan om fetma kan räknas som en funktionsnedsättning och därmed anses vara en diskrimineringsgrund ännu inte behandlats. I generaladvokatens, Niila Jääskinens, utlåtande i sitt förhandsavgörande till fallet poängterar han bland annat att sjuklig fetma kan omfattas av begreppet ”funktionshinder” om det är av sådan art “att den motverkar den berördes fulla och aktiva deltagande i yrkeslivet på lika villkor som andra arbetstagare”. Jääskininen understryker att endast den grad av fetma som påverkar ens arbetsförmåga skall inkluderas i begreppet. Av såväl EU-domstolens praxis som av Jääskinens uttalande förstår vi vikten av att begränsningen måste påverka arbetsförmågan för att det ska vara tal om en funktionsnedsättning enligt direktiv 2000/78/EG.

Om EU-domstolen kommer fram till att fetma kan anses som en funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering uppkommer många frågor som vi menar kommer att ha betydelse för arbetslivet. Frågor som dyker upp hos oss är om man då kommer använda sig av en generell gräns när man avgör om fetma påverkar ens arbete, det vill säga att ett generellt klassifikationssystem som gäller för hela arbetsmarknaden? WHO:s definition av fetma med viktmåttet BMI är inte helt rättvisande med tanke på att en person som har väldigt mycket muskelmassa kan räknas som fet enligt deras klassifikationssystem. En annan faktor som spelar in till stor del är såklart vilket typ av arbete man har. Ska fetma klassificeras som en funktionsnedsättning i till exempel Karstens fall, som har ett fysiskt krävande arbete som dagbarnsvårdare men inte i ett annat fall om han istället hade haft ett mer stillasittande arbete som administratör? Vilka olika rekvisit ska man ta hänsyn till när det gäller bedömningen av om fetma påverkar ens deltagande i arbetslivet? En tredje faktor ur bedömningssynpunkt är individperspektivet. Ska man utgå utifrån individens perspektiv när man gör bedömningen? Graden av hur påverkad en arbetstagare är av sin fetma kan vara väldigt olika upplevt. En viss person som är drabbad av fetma kan påverkas väldigt negativt medan en annan inte har några bekymmer alls. Denna faktor försvårar bedömningen av vilken grad av fetma som faktiskt påverkar ens arbetsprestation negativt och vilken som inte gör det.

En annan intressant fråga är vad som händer med de arbetstagare som faller utanför lagens tillämpningsområde om det införs en nedre gräns för vilken grad av fetma som ska inkluderas i begreppet funktionsnedsättning Vi syftar här på att det

införs en nedre BMI-gräns som “avgör” om personen är funktionsnedsatt enligt lagens mening eller inte. En arbetstagare som “endast” har ett BMI på 25, det vill säga “överviktig”, kan trots detta uppleva att sin fetma begränsar denne i sitt deltagande i arbetslivet. Frågan blir intressant både ur ett arbetsgivarperspektiv och ett arbetstagarperspektiv. En arbetsgivare kan inte fällas för diskriminering om det inte finns stöd i lagen för detta och en arbetstagare kan bland annat inte kräva att skäligen stöd- och anpassningsåtgärder vidtas för att denne skall komma i en jämförbar situation med annan arbetstagare.

Vi anser att det kan bli komplext att utgå ifrån endast en generell bedömning med tanke på att olika yrken påverkas olika mycket av fetma och på grund av att det är svårt att hitta ett rättvisande klassifikationssystem. Å andra sidan anser vi att om man inte har något slags objektiva klassifikationssystem att utgå ifrån kan bedömningen bli mycket komplicerad och diffus. Vi tror att principen “från fall till fall” kommer tillämpas i varje enskilt fall vid diskriminering men att någon slags medicinsk klassifikationssystem behövs så att man har en mer tydlig och klar definition att utgå ifrån. Därefter får man ta individupplevelse samt vilken typ av arbete i beaktande som andra tillhörande och betydande faktorer.

Diskrimineringslagen styrs av EU-rätten, däribland direktiv 2000/78/EG. När det gäller kravet på att arbetsgivaren ska vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder är bestämmelserna identiska. Även den nya bestämmelsen i diskrimineringslagen, “bristande tillgänglighet”, radar nästan identiskt med direktiv 2000/78/EG, upp de faktorer som man ska ta hänsyn till i bedömningen av vilka åtgärder som skall vidtas. Vår nuvarande reglering i arbetslivet säger enligt vår mening det samma som den nya regleringen, med skillnaden att diskrimineringsformen “bristande tillgänglighet” gäller på alla samhällsområden och inte endast i arbetslivet. I motiven till den nya lagändringen står det inget om vad den nya bestämmelsen kommer att innebära i arbetslivet vilket gör att framtiden får visa om och i så fall hur det förändrats. Om fetma anses utgöra en funktionsnedsättning och därmed omfattas av skyddet mot diskriminering kommer det att innebära att arbetsgivaren får skyldigheter att anpassa arbetet till den överviktiga samt att ett ökat rehabiliteringsansvar faller på arbetsgivaren. Även i anställningsförfarandet kommer arbetsgivaren behöva ta hänsyn till det utvidgade begreppet funktionsnedsättning så att inte överviktiga diskrimineras. Vad det i realiteten kommer innebära återstår att se.

4.2 Slutsats

Med bakgrund av ovanstående rättsliga undersökning anser vi att fetma kan inkluderas i begreppet funktionsnedsättning med hänsyn till vissa aspekter. Vår studie visar att fetma kan räknas till begreppet funktionsnedsättning om det är en

varaktig begränsning som inverkar på personens deltagande i arbetslivet. Funktionsnedsättning definieras inte i direktiv 2000/78/EG men EU-domstolen har slagit fast att funktionsnedsättning måste motverka den berördes ”fulla och verkliga deltagande i arbetslivet”. Domstolen betonar att funktionsnedsättningen inte behöver innebära en omöjlighet att utföra yrkesarbete utan att det räcker med en svårighet att utföra yrkesarbete vilket vi tycker talar för att fetma skulle innebära en funktionsnedsättning som omfattas av direktiv 2000/78/EG. Fetma är en sjukdom och begreppet sjukdom har diskuterats i berörda domar där domstolen kommer fram till att sjukdom inkluderas i begreppet funktionsnedsättning om sjukdomen medför en begränsning i arbetslivet. Vi anser att rättspraxis visar på att funktionsnedsättning är ett brett begrepp under ständig förändring och med detta sagt menar vi att fetma kan omfattas av begreppet funktionsnedsättning.

5. Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Ds 2010:20. *Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering*

Prop. 1997/98:179. *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*

Prop. 2007/08:95. *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Prop. 2013/14:198. *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering*

Europeiska unionen

FNs konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling

Litteratur

Flemström, Stefan & Slorach, Martina, 2014. *Diskriminering på arbetsplatsen: en handbok*. Första upplagan. Sanoma utbildning. Stockholm.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, 2010. *Diskrimineringslagen: en kommentar*. Norstedts juridik. Stockholm.

Gabinius Göransson, Håkan – Slorach, Martina – Flemström, Stefan - Del Sante, Naite, 2013. *Diskrimineringslagen*. Tredje upplagan. Norstedts juridik. Stockholm.

Glavå, Mats, 2011. *Arbetsrätt*. Andra upplagan. Studentlitteratur AB. Lund.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), 2011. *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan. Norstedts Juridik. Stockholm.

Inghammar, Andreas, 2007. *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige. England och Tyskland*. Juristförlaget. Lund.

Iseskog, Tommy, 2013. *Skydd mot diskriminering i arbetslivet*. IJK. Stockholm.

Lehrberg, Bert, 2014. *Praktisk juridisk metod*. Sjunde upplagan. Iusté Aktiebolag. Tallinn.

Löndahl, Charlotte, 2007. *Fetma - vår nya folksjukdom?*. Forskningsrådet för arbetsliv och socialvetenskap (FAS). Stockholm.

Nielsen, Ruth, 2010. *Den retlige regulering af handicapdiskrimination*. I: Vänbok till Ronnie Eklund. Iustus Förlag. Uppsala.

Nyström, Birgitta, 2011. *EU och arbetsrätten*. Fjärde upplagan. Nordstedts Juridik. Stockholm

Regeringskansliet, 2011. *FN:s konventioner om Mänskliga rättigheter*. Elanders Sverige.

Sahlin, Richard, 2004. *Diskrimineringskydd för personer med funktionshinder inom utbildningsområdet: en offentligrettslig studie*. Jure Förlag. Stockholm.

Sandgren, Claes, 2010. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Norstedts Juridik. Stockholm.

Stahre, Lisbeth, 2014. *Kognitiv behandling vid övervikt och fetma*. Tredje upplagan. Studentlitteratur AB. Lund.

Strömholm, Stig, 1996. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*. Femte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm.

Övriga källor

Fagerlind de Lima, Anna. 2014. *Karstens fall avgör synen på fetma i EU*. Lag & Avtal, nr 7.

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål C-13/05 Chacón Navas

Mål C-303/06 *Coleman*

Mål C-335/11 HK Danmark mot Ring och C-337/11 HK Danmark mot Skouboe Werge

Mål C-363/12 *Z*

Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen fördraget den 17 juli 2014 MÅL C-354/13

Mål C-354/13 *Kaltoft*