

Documentation

EU DISABILITY LAW AND THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES



413DV07 Trier, 11-12 April 2013

Background Documentation

A. Primary legislation

1.	Articles 2, 3, 6 and 19 of the Treaty on European Union (TEU)	
2.	Articles 10, 19 and 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU, ex EC Treaty)	
3.	Articles 20, 21, 22, 25, 26 of the EU Charter of Fundamental Rights of the European Union.	

B. European Disability Strategy 2010-2020

4.	Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions - European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe, Brussels, 15.11.2010. COM(2010) 636 final	

C. UN CRPD and the EU

5.	Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities	
6.	Optional Protocol	
7.	Information Note from the European Commission on progress in implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities to the EPSCO Council, Brussels, 7 June 2011	
8.	Fifth Disability High Level Group Report on Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities	

D. Non-discrimination

	Council Directive 2000/78	
9.	Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation	
	ECJ case law	
10.	Judgment of the Court of 6 December 2012, Case C-152/11, <i>Johann Odar v Baxter Deutschland GmbH</i>	

11.	Action brought on 20 June 2011, Case C-312/11, <i>European Commission v Italian Republic</i>	
12.	Action brought on 1 July 2011, Case C-335/11, <i>Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab DAB</i>	
13.	Opinion of the Advocate General of 6 December 2012, Case C-335/11, <i>Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab DAB</i> (not available in English) (DE) (FR)	
14.	Judgment of the Court of 17 July 2008, Case C-303/06, <i>S. Coleman v Attridge Law and Steve Law</i>	
15.	Judgment of the Court of 11 July 2006, Case C-13/05, <i>Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA</i>	
	Jurisprudence of the European Court of Human Rights	
16.	Case of <i>Lashin v Russia</i> (Application no. 33117/02) Judgment of the Court (First Section) of 22 January 2013	
17.	Case of <i>Sykora v. Czech Republic</i> (Application no. 23419/07) Judgment of the Court (Fifth Section) of 22 November 2012	
18.	Case of <i>Đorđević v. Croatia</i> (Application no. 41526/10) Judgement of the Court (First Section) of 24 October 2012	
19.	Case of <i>Bureš v. Czech Republic</i> (Application no. 37679/08) Judgment of the Court (Fifth Section) of 18 October 2012	
20.	Case of <i>D.D. v. Lithuania</i> (Application no. 13469/06) Judgment of the Court (Second Section) of 14 February 2012	
21.	Case of <i>Stanev v. Bulgaria</i> (Application no. 36760/06) Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 January 2012	
22.	Case of <i>Farcas v Romania</i> (Application no. 32596/04) Judgment of the Court (Third Section) of 10 November 2005 (only available in French)	
	Proposal for a new Directive	
23.	Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. COM(2008) 426 final. Brussels, 2.7.2008	
	Code of Good Practice	
24.	Code of good Practice for the employment of people with Disabilities, Bureau Decision of 22 June 2005	

E. Transport

25.	Regulation (EU) No 181/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 concerning the rights of passengers in bus and coach transport and amending Regulation (EC) No 2006/2004	
26.	Regulation (EU) No 1177/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 concerning the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway and amending Regulation (EC) No 2006/2004	
27.	Regulation (EC) No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on rail passengers' rights and obligations	
28.	Regulation (EC) No 1107/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air	
29.	Communication from the Commission Communication on the cope of the liability of air carriers and airports in the event of destroyed, damaged or lost mobility equipment of passengers with reduced mobility when travelling by air. COM/2008/0510 final	
30.	Evaluation of Regulation 1107/2006 Final report Main report and Appendices A-B June 2010 – Executive Summary	

F. Telecommunication

31.	Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions - "Towards an accessible information society" COM/2008/0804 final.	
32.	Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - eAccessibility [SEC(2005)1095] COM/2005/0425 final.	

G. Other

33.	List of secondary legislation relevant to "disability"	
34.	Information note on references from national courts for a preliminary ruling	
35.	Judgment of the High Court of Ireland, [2011 No. 9548P], M.X. [APUM] v Health Service Executive and by order the Attorney	

	General	
--	-------------------------	--

H. Documents added during or after the training seminar

36.	Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA	
37.	Judgment of the Court of 11 April 2013, Cases C-335/11 and C-337/11, <i>Jette Ring and Skouboe Werge</i>	
38.	Reference for a preliminary ruling, Case C-363/12, <i>Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School</i>	
39.	Judgment of the Court of 19 April 2012, Case C-415/10, <i>Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH</i>	
40.	Opinion of Advocate General of Poiares Maduro of 31 January 2008, Case C-303/06, <i>S. Coleman v Attridge Law and Steve Law</i>	
41.	Case of <i>Horvath and Kiss v Hungary</i> (Application no 11146/11) Judgment of the Court (Second Section) of 29 January 2013	
42.	Case of <i>Mihailovs v Latvia</i> (Application no. 35939/10) Judgment of the Court (Fourth Section) of 22 January 2013	
43.	Case of <i>Pleso v Hungary</i> (Application no. 41242/08) Judgment of the Court (Second Section) of 2 January 2013	
44.	Case of <i>Shtukurov v Russia</i> (Application no. 44009/05) Judgment of the Court (First Section) of 27 June 2008	
45.	Case of <i>Jasinskis v Latvia</i> (Application no. 45744/08) Judgment of the Court (Third Section) of 21 March 2011	
46.	Case of <i>Campeanu v Romania</i> (Application no. 47848/08) Application	
47.	Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2011)14	

CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION 30.3.2010

Official Journal of the European Union C 83, 30.3.2010

Article 2

The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

Article 3 *(ex Article 2 TEU)*

1. The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples.
2. The Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration and the prevention and combating of crime.
3. The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.

It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.

It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.

It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced.

1. The Union shall establish an economic and monetary union whose currency is the euro.
2. In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty

and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter.

3. The Union shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in the Treaties.

Article 6
(ex Article 6 TEU)

1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

1. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.
2. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.

Article 19

1. The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.

Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law.

2. The Court of Justice shall consist of one judge from each Member State. It shall be assisted by Advocates-General.

The General Court shall include at least one judge per Member State.

The Judges and the Advocates-General of the Court of Justice and the Judges of the General Court shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt and who satisfy the conditions set out in Articles 253 and 254 of the Treaty on the Functioning of the European Union. They shall be appointed by common accord of the governments of the Member States for six years. Retiring Judges and Advocates-General may be reappointed.

3. The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties:
- (a) rule on actions brought by a Member State, an institution or a natural or legal person;
 - (b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions;
 - (c) rule in other cases provided for in the Treaties.

CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

Official Journal of the European Union C 83, 30.3.2010

Article 10

In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

Article 19 *(ex Article 13 TEC)*

1. Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.
2. By way of derogation from paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt the basic principles of Union incentive measures, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States, to support action taken by the Member States in order to contribute to the achievement of the objectives referred to in paragraph 1.

Article 267 *(ex Article 234 TEC)*

The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

- (a) the interpretation of the Treaties;
- (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay

CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

(2000/C 364/01)

CHAPTER III

EQUALITY*Article 20***Equality before the law**

Everyone is equal before the law.

*Article 21***Non-discrimination**

1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.
2. Within the scope of application of the Treaty establishing the European Community and of the Treaty on European Union, and without prejudice to the special provisions of those Treaties, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

*Article 22***Cultural, religious and linguistic diversity**

The Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity.

*Article 23***Equality between men and women**

Equality between men and women must be ensured in all areas, including employment, work and pay.

The principle of equality shall not prevent the maintenance or adoption of measures providing for specific advantages in favour of the under-represented sex.

*Article 24***The rights of the child**

1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.
2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.

Article 25

The rights of the elderly

The Union recognises and respects the rights of the elderly to lead a life of dignity and independence and to participate in social and cultural life.

Article 26

Integration of persons with disabilities

The Union recognises and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community.

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

Juliane Kokott

vom 6. Dezember 2012(1)

Verbundene Rechtssachen C-335/11 und C-337/11

HK Danmark, handelnd für Jette Ring

gegen

Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB

und

HK Danmark, handelnd für Lone Skouboe Werge

gegen

Pro Display A/S in Konkurs

(Vorabentscheidungsersuchen des Sø- og Handelsretten [Dänemark])

„Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Richtlinie 2000/78/EG – Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung – Begriff der Behinderung – Abgrenzung Krankheit und Behinderung – Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung – Mittelbare Diskriminierung – Rechtfertigung“

I – Einleitung

1. Wann liegt eine Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf(2) vor, und wie ist der Begriff der Behinderung von dem der Krankheit abzugrenzen? Diese Frage steht im Mittelpunkt der vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren. Der Gerichtshof ist somit aufgerufen, seine in der Rechtssache Chacón Navas(3) erarbeitete Definition des Behinderungsbegriffs zu präzisieren.

2. Darüber hinaus geht es darum, was unter angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu verstehen ist, die der Arbeitgeber nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 zu ergreifen hat. Schließlich fragt das vorlegende Gericht danach, ob eine wegen Krankheitsfehlzeiten verkürzte Kündigungsfrist eine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellen kann.

II – Rechtlicher Rahmen

A – Völkerrecht

3. In dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen(4) heißt es in der Präambel, Buchst. e: „in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig

weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern“.

4. Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens enthält folgende Begriffsbestimmung:

„Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

B – Unionsrecht

5. Der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 bestimmt:

„Es sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden, d. h. wirksame und praktikable Maßnahmen, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, z. B. durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen.“

6. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:

i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder

...“

7. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 sieht unter der Überschrift „Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung“ Folgendes vor:

„Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn

sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.“

C – Nationales Recht

8. Die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 in das dänische Recht ist durch das Forskelsbehandlingslov(5) erfolgt. Nach § 7 dieses Gesetzes besteht die Möglichkeit, bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder Unterlassung der erforderlichen Maßnahmen durch den Arbeitgeber Schadensersatz geltend zu machen.

9. Das Funktionærlov(6) regelt die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer/Angestelltem.

10. § 5 FL Abs. 2 enthält eine besondere Bestimmung zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit des Arbeitnehmers und bestimmt:

„Durch schriftliche Vereinbarung kann jedoch für das einzelne Dienstverhältnis bestimmt werden, dass dem Angestellten mit einer Kündigungsfrist von 1 Monat zum Monatsende gekündigt werden kann, wenn der Angestellte innerhalb eines Zeitraums von 12 aufeinanderfolgenden Monaten Lohn während Krankenzeiten von insgesamt 120 Tagen bezogen hat. Die Kündigung ist nur gültig, wenn sie in unmittelbarem Anschluss am Ende der 120 Krankheitstage und noch während der Erkrankung des Angestellten erklärt wird, wohingegen es die Gültigkeit der Kündigung nicht berührt, dass der Angestellte nach der Kündigung die Arbeit wieder aufgenommen hat. ...“

III – Sachverhalt und Ausgangsverfahren

11. Die vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren gehen zurück auf zwei von dem Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark (HK)(7) für die Arbeitnehmerinnen Jette Ring und Lone Skouboe Werge im Jahr 2006 erhobene Klagen, mit denen Schadensersatz nach dem dänischen Gleichbehandlungsgesetz wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung geltend gemacht wurde. Für beide Arbeitsverhältnisse war die Geltung des § 5 Abs. 2 FL vereinbart worden.

A – Rechtssache C-335/11

12. Im Fall Ring liegt dem nationalen Verfahren folgender Sachverhalt zugrunde:

13. Frau Ring war seit dem Jahr 2000 bei der Firma Dansk Almennyttigt Boligselskab (DAB) als Mitarbeiterin im Kundencenter beschäftigt. Zwischen Juni 2005 bis zur Kündigung im November 2005 war sie krankheitsbedingt während mehrerer Zeiträume abwesend; die Fehlzeiten betragen zusammen über 120 Tage. Die für die Fehlzeiten vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen verwiesen vornehmlich auf chronische Rückenbeschwerden, die u. a. anderem auf

Arthroseveränderungen an den Lendenwirbeln zurückzuführen waren und sich in konstanten Schmerzen im Lendenwirbelbereich äußerten. Nachdem die behandelnden Ärzte von einer Versteifung der Lendenwirbel durch natürliches Zusammenwachsen ausgingen, bestanden keine weiteren Behandlungsoptionen. Mögliche Maßnahmen zur Linderung dieser Beschwerden während der Arbeitszeit von Frau Ring, etwa die Anschaffung eines höhenverstellbaren Tisches für ihren Arbeitsplatz oder das Angebot einer Teilzeittätigkeit, erfolgten nicht. Grundsätzlich bot DAB jedoch Teilzeitstellen an.

14. Aufgrund der akkumulierten Fehlzeiten wurde Frau Ring mit nach § 5 Abs. 2 FL verkürzter Kündigungsfrist gekündigt. Unmittelbar nach der Kündigung von Frau Ring gab DAB eine Anzeige für eine Teilzeitstelle mit einer vergleichbaren Aufgabenbeschreibung für ein nahe gelegenes Regionalbüro auf. Frau Ring trat eine neue Stelle als Empfangssekretärin bei einer anderen Firma an, bei der ihr ein höhenverstellbarer Tisch zur Verfügung gestellt und ihre tatsächliche Arbeitszeit auf 20 Stunden pro Woche festgelegt wurde. Die Anstellung erfolgte in Vollzeit nach der dänischen Flexjob-Regelung mit 50 % Lohnkostenerstattung(8).

B – Rechtssache C-337/11

15. Im Fall Skouboe Werge hat das Sø- og Handelsret folgenden Sachverhalt mitgeteilt:

16. Frau Skouboe Werge war seit dem Jahr 1998 als Verwaltungsassistentin bei der Firma Pro Display beschäftigt. Nachdem sie im Dezember 2003 bei einem Verkehrsunfall ein Schleudertrauma erlitten hatte und drei Wochen krankgeschrieben war, nahm sie zunächst ihre Vollzeittätigkeit bei Pro Display wieder auf. Als gegen Ende des Jahres 2004 deutlich wurde, dass Frau Skouboe Werge noch immer unter den Nachwirkungen des Schleudertraumas litt, erhielt sie eine Krankmeldung für vorläufig vier Wochen, aufgrund deren sie nur ca. vier Stunden pro Tag arbeitete. Im Januar 2005 meldete sich Frau Skouboe Werge wegen anhaltender Beschwerden für die volle Arbeitszeit krank. Daraufhin wurde ihr unter Anwendung der 120-Tage-Regelung des § 5 Abs. 2 FL mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum 31. Mai 2005 gekündigt.

17. Die Beschwerden von Frau Skouboe Werge äußerten sich in verschiedenen Symptomen, insbesondere durch auf die Schultern ausstrahlende Schmerzen im Nacken, Kieferprobleme, Müdigkeit, Konzentrations- und Erinnerungsstörungen, Formulierungsschwierigkeiten, übermäßige Lärmempfindlichkeit, niedrige Stressschwelle und Schwindel. Im Juni 2006 wurde Frau Skouboe Werge daher aufgrund der Einschätzung ihrer Arbeitsfähigkeit auf ca. acht Stunden pro Woche bei langsamem Tempo eine vorgezogene Altersrente bewilligt. Zudem wurde durch Entscheidung der Behörde für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten der Grad der Behinderung von Frau Skouboe Werge auf 10 % und die Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit auf 65 % festgesetzt.

18. In den Ausgangsverfahren vertrat HK die Ansicht, dass eine Kündigung der Arbeitnehmerinnen mit verkürzter Kündigungsfrist nach der Regelung des § 5 Abs. 2 FL ausgeschlossen gewesen sei, da dies gegen das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung gemäß der Richtlinie 2000/78 verstoße. Dem vorlegenden Gericht stellt sich daher die Frage, wie „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78 zu definieren ist.

IV – Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Mit Beschlüssen vom 29. Juni 2011, in der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 1. Juli 2011, hat der Sør- og Handelsret die Verfahren jeweils ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. a) Ist jede Person, die aufgrund physischer, mentaler oder psychischer Beeinträchtigungen während eines Zeitraums, der hinsichtlich der Dauer die Anforderung gemäß Randnr. 45 des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache C-13/05 (Chacón Navas) erfüllt, ihre Arbeit nicht oder nur in begrenztem Umfang ausüben kann, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst?

b) Kann ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst sein?

c) Kann ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte vorübergehende Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie umfasst sein?

2. Ist eine dauerhafte Funktionsbeeinträchtigung, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln oder Ähnlichem zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, als Behinderung in dem Sinne anzusehen, in dem dieser Ausdruck in der Richtlinie 2000/78 verwendet wird?

3. Gehört eine Herabsetzung der Arbeitszeiten zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen?

4. Verbieht es die Richtlinie 2000/78, eine nationale Rechtsvorschrift, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten Lohn während Krankheitszeiten von insgesamt 120 Tagen bezogen hat, auf einen Arbeitnehmer anzuwenden, der als behindert im Sinne der Richtlinie anzusehen ist, wenn

a) die Abwesenheit durch die Behinderung verursacht ist?

oder

b) die Abwesenheit darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber nicht die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um einer Person mit einer Behinderung die Ausübung ihres Berufs zu ermöglichen?

20. Mit Beschluss vom 4. August 2011 hat der Präsident des Gerichtshofs die Rechtssachen C-335/11 und C-337/11 zu gemeinsamem schriftlichem und mündlichem Verfahren sowie zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.

21. Neben den Parteien des Ausgangsrechtsstreits haben die Regierungen Dänemarks, Irlands, Polens und des Vereinigten Königreichs sowie die Europäische Kommission am schriftlichen und mündlichen Verfahren vor dem Gerichtshof teilgenommen. Darüber hinaus haben die Regierungen Belgiens und Griechenlands schriftliche Erklärungen abgegeben.

V – Würdigung

22. Die erste und die zweite Frage des Sø- og Handelsret sind zusammen zu beantworten, da beide die Definition des Behinderungsbegriffs betreffen (dazu unter A). Die dritte Frage hat die Ausgestaltung und den Umfang von Vorkehrungen, die der Arbeitgeber nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 zu ergreifen hat, zum Gegenstand (dazu unter B). Zuletzt ist die vierte Frage und damit die Verkürzung der Kündigungsfrist wegen krankheitsbedingten Fehlens als diskriminierende Vorschrift zu prüfen (dazu unter C).

A – Erste und zweite Vorlagefrage

1. Definition des Behinderungsbegriffs

23. Die Richtlinie 2000/78 enthält selbst keine Definition des Begriffs Behinderung.

24. Der Gerichtshof war bereits in der Rechtssache Chacón Navas aufgerufen, diesen Begriff unionsautonom zu definieren. Danach erfasst der Begriff Behinderung eine „Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben bildet“(9). Zudem muss es wahrscheinlich sein, dass die Einschränkung von langer Dauer ist(10).

25. Im Jahr 2010 – und damit einige Jahre nach dem Urteil in der Rechtssache Chacón Navas – ratifizierte die Europäische Union das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Das UN-Übereinkommen verweist zunächst in seiner Präambel darauf, dass der Begriff der Behinderung dynamisch zu verstehen ist und sich das Verständnis von Behinderung ständig weiterentwickelt(11). Art. 1 des Abkommens enthält dann eine Begriffsdefinition. Danach zählen zu den „Menschen mit Behinderungen ... Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder

Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“.

26. Aus Art. 216 Abs. 2 AEUV folgt, dass die von der Union geschlossenen internationalen Übereinkünfte die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten binden. Die von der Union geschlossenen internationalen Übereinkünfte sind ab ihrem Inkrafttreten wesentlicher („integraler“) Bestandteil der Unionsrechtsordnung.(12) Daher sind Bestimmungen des abgeleiteten Unionsrechts nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union auszulegen(13).

27. Der Begriff der Behinderung nach der Richtlinie 2000/78 dürfte daher nicht hinter dem Schutzbereich zurückbleiben, den das UN-Übereinkommen eröffnet. Nach der Definition des UN-Übereinkommens ergibt sich das Hindernis für die Teilhabe an der Gesellschaft aus der „Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren“. Insofern könnte sich in bestimmten Konstellationen ergeben, dass die Definition des Urteil Chacón Navas hinter der Definition des UN-Übereinkommens zurückbleibt und völkerrechtskonform auszulegen wäre.

28. In den vorliegenden Fällen liegt der Kern des Problems allerdings nicht im Bereich des Definitionselements „Barrieren“. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte unheilbare oder vorübergehende heilbare Krankheit verursacht ist, vom Begriff der Behinderung erfasst sein kann. Weder die Definition des Urteils Chacón Navas noch jene des UN-Übereinkommens geben aus sich selbst heraus eine Antwort auf die Fragen des vorlegenden Gerichts. Denn abgesehen von dem Erfordernis einer langfristigen Einschränkung enthalten beide Definitionen keine expliziten Kriterien für die Abgrenzung von Behinderung und Krankheit.

29. Zur Beantwortung der Fragen des vorlegenden Gerichts ist im Folgenden daher die Abgrenzung von Krankheit und Behinderung zu erörtern.

2. Abgrenzung von Behinderung und Krankheit

30. In seinem Urteil Chacón Navas hat der Gerichtshof festgestellt, dass Arbeitnehmer nicht schon in den Schutzbereich der Richtlinie 2000/78 fallen, sobald sich bei ihnen irgendeine Krankheit manifestiert(14). Der Gerichtshof unterscheidet damit zwischen Krankheit und Behinderung. Denn eine „Krankheit“ ist in der Richtlinie nicht als eigenes verbotenes Diskriminierungsmerkmal aufgeführt.

31. Der Gerichtshof hat aber nur eine „Krankheit als solche“ vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen(15). Dem Urteil Chacón Navas ist nicht zu entnehmen, dass eine Krankheit als Ursache einer Behinderung die Qualifizierung als Behinderung entfallen lässt. Schließlich hat der Gerichtshof auch in seinem zweiten Urteil zu einer behinderungsbedingten Diskriminierung präzisiert, dass dem Urteil Chacón Navas nicht zu entnehmen ist, dass der

sachliche Geltungsbereich dieser Richtlinie restriktiv ausgelegt werden müsse(16).

32. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Richtlinie 2000/78 nur Behinderungen erfassen will, die angeboren sind oder von Unfällen herrühren. Für den Anwendungsbereich der Richtlinie je nach Ursache der Behinderung zu differenzieren, wäre willkürlich und würde damit selbst dem Ziel der Richtlinie, die Gleichbehandlung zu verwirklichen, widersprechen.

33. Es ist also zu trennen zwischen der Krankheit als möglicher Ursache der Beeinträchtigung und der daraus resultierenden Beeinträchtigung. Umfasst vom Schutz der Richtlinie ist auch die aus einer Krankheit resultierende dauerhafte Einschränkung, die zu einem Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben führt.

34. In den vorliegenden Fällen geht es um körperliche Beeinträchtigungen, die sich u. a. in Schmerzen und Unbeweglichkeit äußern. Die Abgrenzung von Krankheit und Behinderung ist vorliegend daher einfacher als in dem Fall, den der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika zu entscheiden hatte, in dem dieser festgestellt hat, dass auch eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des Anti-Discrimination Act darstellen kann(17). Ob die Beschwerden einer Person in einem konkreten Sachverhalt eine Einschränkung darstellen, unterliegt der Beurteilung des mitgliedstaatlichen Gerichts.

35. Dem Wortlaut der Richtlinie 2000/78 sind keine Anhaltspunkte für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf einen bestimmten Schweregrad der Behinderung zu entnehmen(18). Da diese Frage jedoch weder vom vorlegenden Gericht gestellt wurde, noch zwischen den Verfahrensbeteiligten erörtert wurde, ist sie hier nicht abschließend zu entscheiden.

36. Für das Vorliegen einer Behinderung ist darüber hinaus ausschlaggebend, dass die Einschränkung wahrscheinlich von „langer Dauer“ ist(19). Das UN-Übereinkommen spricht insofern davon, dass es sich um eine „langfristige“(20) Beeinträchtigung handeln muss. Inhaltlich erkenne ich hierin keinen Unterschied.

37. Die lange Dauer wird bei einer Einschränkung, die auf einer unheilbaren Krankheit beruht, in der Regel zu bejahen sein. Aber auch eine im Prinzip heilbare Krankheit kann einen so langen Verlauf bis zur vollständigen Heilung nehmen, dass die Einschränkung von langer Dauer ist. Und auch bei einer grundsätzlich heilbaren Krankheit kann eine langfristige Einschränkung zurückbleiben. Gerade bei chronischen Krankheiten kann sich der Übergang von einer (behandelbaren) Krankheit zu einer voraussichtlich dauerhaften Einschränkung, die dann erst den Charakter einer Behinderung hat, als fließender Prozess darstellen. Erst wenn die Prognose einer dauerhaften Einschränkung vorliegt, ist von einer Behinderung zu sprechen.

38. Allein aus der Feststellung, ob eine Krankheit an sich heilbar oder unheilbar, dauerhaft oder vorübergehend ist, kann daher kein definitiver Schluss auf das spätere Vorliegen einer dauerhaften Einschränkung gezogen werden.

3. Bedarf an besonderen Hilfsmitteln

39. Das vorliegende Gericht fragt darüber hinaus, ob die Annahme einer Behinderung die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel voraussetzt oder ob es genügt, dass die Ableistung der vollständigen Arbeitszeit nicht mehr möglich ist.

40. Der Begriff der Behinderung nach der Richtlinie setzt nicht die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel voraus.

41. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 macht deutlich, dass zunächst das Bestehen einer Behinderung festgestellt werden muss, um anschließend die geeigneten und erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Der 20. Erwägungsgrund liefert Anhaltspunkte dafür, was unter entsprechenden Maßnahmen zu verstehen sein kann, und nennt u. a., dass der „Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten“ ist. Die Notwendigkeit besonderer Einrichtungen und Hilfsmittel ist also Folge der Feststellung der Behinderung und nicht Teil der Definition des Behinderungsbegriffs.

42. Auch vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Richtlinie kann die Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel als Teil der Definition nicht überzeugen. Behinderungen im Sinne der Richtlinie können auf physischen, psychischen oder seelischen Beeinträchtigungen beruhen. Die Forderung nach der Notwendigkeit besonderer Hilfsmittel scheint aber nur vom Leitbild eines Menschen geprägt, der körperliche Beeinträchtigungen hat. Würde man Hilfsmittel als zwingendes Element des Behinderungsbegriffs verlangen, wären schon die in der Richtlinie explizit angesprochenen seelischen oder psychischen Beeinträchtigungen nicht erfasst, da sie in der Regel auch keine Hilfsmittel erforderlich machen. Ein solches Erfordernis würde auch gerade diejenigen Behinderten benachteiligen, deren Behinderung nicht durch ein Hilfsmittel ausgeglichen oder gemildert werden kann und die bereits aus diesem Grund in der Regel eher schwerer betroffen sind als andere.

43. Im Ergebnis kommt es daher allein darauf an, ob ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben vorliegt.

44. DAB und Pro Display haben vorgetragen, dass nur als behindert angesehen werden könne, wer vollständig vom Berufsleben ausgeschlossen sei, weshalb eine nur reduzierte Arbeitsleistung für die Einstufung als Behinderung nicht ausreiche. Dies überzeugt nicht. Schon nach allgemeinem Sprachverständnis umfasst der Begriff „Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben“ auch nur partielle Schranken und nicht nur einen generellen „Ausschluss“ vom Berufsleben.

45. Für eine Einbeziehung von Menschen, deren Hindernis für die Teilnahme am Berufsleben darin liegt, dass sie nicht Vollzeit arbeiten können, spricht auch der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie. Dieser sieht vor, dass der Schutzbereich der Richtlinie solche Arbeitnehmer erfasst, die grundsätzlich „für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes ... kompetent, fähig oder verfügbar“ sind. Die Richtlinie zielt folglich gerade auf den Schutz solcher Personen ab, die grundsätzlich am Arbeitsleben – wenn auch eventuell in begrenztem Umfang bzw. durch besondere Vorkehrungen – teilhaben können. Somit setzt die Anwendbarkeit der Richtlinie keinen Ausschluss der betroffenen Person vom Berufsleben voraus.

46. Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass der Begriff Behinderung eine Einschränkung umfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben darstellt. Für die Definition der Behinderung ist es unerheblich, dass die Beeinträchtigung durch eine Krankheit verursacht wurde; allein entscheidend ist, ob die Einschränkung von langer Dauer ist. Auch eine Funktionsbeeinträchtigung von langer Dauer, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, ist als Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78 anzusehen.

B – Dritte Vorlagefrage

47. Mit seiner dritten Vorlagefrage möchte der Sør- og Handelsret wissen, ob zu den angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung auch eine Herabsetzung der Arbeitszeit gehören kann.

48. Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78 sieht vor, dass angemessene Vorkehrungen zu treffen sind, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen hat, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers entfällt, wenn ihn die Maßnahmen unverhältnismäßig belasten würden.

49. Ziel dieser Vorschrift ist es, nicht nur die Gleichbehandlung, sondern die Gleichstellung eines behinderten Menschen durchzusetzen und ihm dadurch die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen.

50. Art. 5 der Richtlinie 2000/78 selbst legt lediglich fest, dass die Maßnahmen „geeignet und im konkreten Fall erforderlich“ sein müssen, um den Zugang zur Beschäftigung etc. zu ermöglichen.

51. Jedoch erläutert der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie die Vorschrift näher. Danach sind „wirksame und praktikable Maßnahmen“ vorzusehen, „um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, z. B. durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen“.

52. Die Herabsetzung der Arbeitszeiten könnte von dem dort explizit aufgeführten Beispiel der „Anpassung des Arbeitsrhythmus“ erfasst sein. DAB und Pro Display sind allerdings der Auffassung, dass „Arbeitsrhythmus“ sich gerade nicht auf die Arbeitszeiten, sondern lediglich auf die Arbeitsleistung und das Arbeitstempo oder die Verteilung der Arbeitsaufgaben unter den Mitarbeitern beziehe.

53. Selbst wenn man der Auffassung ist, dass die Herabsetzung der Arbeitszeiten nicht unter die „Anpassung des Arbeitsrhythmus“ fällt, ist meiner Ansicht nach die Herabsetzung der Arbeitszeit von Art. 5 der Richtlinie erfasst.

54. Denn es geht schon aus dem Wortlaut des 20. Erwägungsgrundes hervor, dass dieser nur eine beispielhafte Aufzählung enthält und nicht abschließend zu verstehen ist. Allein aus der Tatsache, dass die Herabsetzung der Arbeitszeit dort nicht ausdrücklich aufgeführt ist, kann nicht geschlossen werden, dass sie von Art. 5 der Richtlinie nicht erfasst ist.

55. DAB und Pro Display verweisen darüber hinaus darauf, dass der Begriff der Arbeitszeiten in der Richtlinie nicht erwähnt und auch in den Vorarbeiten zur Richtlinie nicht diskutiert worden sei. Auch sei der Begriff der Herabsetzung der Arbeitszeit so eng mit der Teilzeitrichtlinie(21) verknüpft, dass entsprechende Anträge nur nach dieser zu beurteilen seien.

56. Der Unionsgesetzgeber hat jedoch den Wortlaut von Art. 5 weit gefasst. Er spricht allgemein von Maßnahmen, die Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung ermöglichen. Eine Herabsetzung der Arbeitszeit kann zweifelsohne geeignet sein, einem Menschen mit Behinderung die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen.

57. Insofern stützt auch der 20. Erwägungsgrund ein weites Verständnis von Art. 5. Aus ihm folgt nämlich, dass entgegen der Ansicht von DAB und Pro Display nicht nur physische, sondern auch organisatorische Maßnahmen umfasst sind. Die „entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten“ oder die „Anpassung des Arbeitsgeräts“ beziehen sich auf die Beseitigung physischer Schranken, wohingegen mit der „Anpassung des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen“ Maßnahmen mit organisatorischem Charakter erwähnt sind. Dies entspricht insbesondere dem Verständnis von Behinderung nach dem UN-Übereinkommen, wonach für eine Einschränkung nicht nur physische, sondern auch sonstige, insbesondere gesellschaftliche Barrieren relevant sind.

58. Auch Sinn und Zweck der Richtlinie 2000/78 sprechen für eine Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigung. Diese verlangt individuell abgestimmte Maßnahmen zu einer Gleichstellung und damit einer verbesserten Teilhabe von Menschen mit Behinderung am Berufsleben⁽²²⁾. Entscheidend muss daher sein, ob eine bestimmte Maßnahme dazu führen kann, dass ein Mensch mit Behinderung einen Beruf ergreifen oder seinen Beruf weiterhin ausüben kann. Vor diesem Hintergrund entspricht es gerade Sinn und Zweck der Richtlinie, behinderte Arbeitnehmer, die zumindest teilweise arbeiten können, nicht gänzlich vom Arbeitsmarkt auszuschließen, sondern ihnen durch das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung eine adäquate Teilhabe am Berufsleben zu ermöglichen. Es ist nicht zu erkennen, dass die Richtlinie nur Maßnahmen wie den Einbau eines Aufzugs oder rollstuhlgerechter Sanitäreinrichtungen – was ebenfalls aufwändig und kostenträchtig sein kann – verlangt, aber eine Reduzierung der Arbeitszeit nicht erfasst sein kann.

59. Zwar ist der Einwand von DAB und Pro Display nicht von der Hand zu weisen, dass eine Teilzeittätigkeit unter bestimmten Umständen einen starken Eingriff in das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellt und zu einer Belastung für den Arbeitgeber führen kann. Dies kann aber ebenso für die beispielhaft aufgeführte Anpassung der Räumlichkeiten gelten. Aus diesem Grund stellt Art. 5 Satz 2 die Verpflichtung des Arbeitgebers aber auch unter die Bedingung, dass die Maßnahmen den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten dürfen. Insofern fordert die Richtlinie einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des behinderten Arbeitnehmers, Maßnahmen zu seiner Unterstützung zu erfahren, und des Arbeitgebers, der Eingriffe in seine Betriebsorganisation sowie wirtschaftliche Einbußen nicht ohne Weiteres hinnehmen muss.

60. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Herabsetzung der Arbeitszeit zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen gehören kann. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Einzelfall festzustellen, ob eine solche Maßnahme zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Arbeitgebers führt.

C – Vierte Vorlagefrage

1. Erster Teil der vierten Vorlagefrage

61. Mit dem ersten Teil der vierten Vorlagefrage will der Sø- og Handelsret wissen, inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift im Widerspruch zur Richtlinie 2000/78 steht, die eine Kündigung mit verkürzter Frist bei krankheitsbedingtem Fehlen erlaubt, sofern sie auch in Konstellationen angewendet wird, in denen die Abwesenheit durch die Behinderung verursacht ist.

62. Die Richtlinie 2000/78 verbietet gemäß Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen Behinderung in Beschäftigung und Beruf. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt danach vor, wenn eine Person wegen einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation

eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person. Eine mittelbare Diskriminierung ist zu bejahen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer Behinderung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, dies kann gerechtfertigt werden. Der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie umfasst gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c explizit die Entlassungsbedingungen. Im Folgenden ist daher zunächst zu prüfen, ob in der verkürzten Kündigungsfrist eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung zu sehen ist und gegebenenfalls, ob eine solche gerechtfertigt werden kann.

a) Benachteiligung

63. Vorab möchte ich aber zunächst den Prüfungsgegenstand präzisieren: Das vorliegende Gericht fragt nur nach der Unionsrechtskonformität der Bestimmung, aus der sich die Verkürzung der Kündigungsfrist wegen Krankheitsfehlzeiten ergibt.

64. Eine andere, nach der Fallkonstellation naheliegende Frage wäre, inwiefern Fehlzeiten, die mit einer Behinderung oder behinderungsbedingten Krankheit in Zusammenhang stehen, überhaupt ein zulässiger Kündigungsgrund sein können. Der Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass die Richtlinie einer Kündigung entgegensteht, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Arbeitgebers, angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht dadurch gerechtfertigt ist, dass die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht verfügbar ist⁽²³⁾ Im Gegenschluss könnte hieraus gefolgert werden, dass eine Kündigung zulässig ist, wenn die erforderlichen Vorkehrungen zur Anpassung des Arbeitsplatzes für den Arbeitgeber eine unverhältnismäßige Belastung darstellen würden oder der Arbeitnehmer wegen seiner Fehlzeiten für die wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht verfügbar ist. Meiner Ansicht nach dürfte mit dieser Feststellung des Gerichtshofs die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung aufgrund behinderungsbedingter Krankheitsfehlzeiten jedoch noch nicht abschließend geklärt sein. In Beantwortung der vorgelegten Frage befasse ich mich im Folgenden aber ausschließlich mit der Verkürzung der Kündigungsfrist.

65. Wenn ein Arbeitnehmer mit Behinderung wegen einer „allgemeinen“ Krankheit fehlt, führt die Berücksichtigung der Krankheitszeiten für die Verkürzung der Kündigungsfrist nicht zu einer Benachteiligung im Vergleich zu einem Arbeitnehmer ohne Behinderung. Denn die Wahrscheinlichkeit, an einer Krankheit wie beispielsweise einer Grippe zu erkranken, hängt in der Regel nicht mit der Behinderung zusammen und trifft Arbeitnehmer mit und ohne Behinderung gleichermaßen.

66. Im vorliegenden Zusammenhang geht es aber um Fehlzeiten, die auf einer Behinderung beruhen. § 5 Abs. 2 FL ist auf den ersten Blick neutral, da er sich auf alle Arbeitnehmer bezieht, die wegen Krankheit mehr als 120 Tage gefehlt haben. Er führt daher nicht zu einer unmittelbaren Diskriminierung Behinderter. Denn diese Bestimmung knüpft weder direkt an das verbotene

Differenzierungskriterium der Behinderung an, noch nimmt sie eine Ungleichbehandlung aufgrund eines Kriteriums vor, das mit der Behinderung untrennbar verbunden ist. Eine Behinderung führt nämlich nicht in jedem Fall zwangsläufig zu Erkrankungen und Krankheitsfehlzeiten, so dass nicht von einer Untrennbarkeit gesprochen werden kann.

67. Hierin liegt jedoch eine mittelbare Benachteiligung. Sofern die Krankheit nämlich mit einer Behinderung zusammenhängt, werden ungleiche Sachverhalte gleich behandelt. Arbeitnehmer mit einer Behinderung haben in der Regel ein viel höheres Risiko an einer mit ihrer jeweiligen Behinderung zusammenhängenden Krankheit zu erkranken als Arbeitnehmer ohne eine Behinderung. Diese kann nur eine „allgemeine“ Krankheit treffen. An einer solchen können aber Arbeitnehmer mit Behinderung darüber hinaus auch noch erkranken. Die Bestimmung zur verkürzten Kündigungsfrist ist somit eine Vorschrift, die Arbeitnehmer mit einer Behinderung gegenüber Arbeitnehmern ohne eine Behinderung mittelbar benachteiligt.

68. Der Einwand einiger Verfahrensbeteiligter, aufgrund des Anspruchs der Arbeitnehmer, die Art ihrer Erkrankung nicht offenlegen zu müssen, sei eine Differenzierung zwischen „allgemeinen“ Krankheiten und solchen, die auf der Behinderung beruhen, nicht praktikabel, überzeugt nicht. Denn es gibt Möglichkeiten, wie beides miteinander in Einklang gebracht werden kann, etwa über einen Vertrauensarzt.

b) Rechtfertigung

69. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i ist eine Vorschrift wie § 5 Abs. 2 FL gerechtfertigt, wenn durch sie ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Diese Formulierung enthält die allgemeinen im Unionsrecht anerkannten Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung(24).

70. Die Regelung muss also geeignet sein zur Erreichung eines legitimen Ziels. Sie muss darüber hinaus erforderlich sein, d. h. das angestrebte legitime Ziel darf nicht durch ein milderes, gleich geeignetes Mittel erreicht werden können. Schließlich muss die Regelung auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein, d. h., sie darf keine Nachteile verursachen, die außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen(25).

71. Bei der Prüfung dieser Kriterien ist zu beachten, dass in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfügen(26).

72. Der Vorlagebeschluss enthält keine Informationen zu den Zielen, die mit § 5 Abs. 2 FL verfolgt werden. Dies macht eine Beurteilung schwierig. Es wird daher Sache des vorliegenden Gerichts sein, die Rechtfertigung der streitigen Regelung abschließend zu beurteilen.

73. Die dänische Regierung hat vorgetragen, § 5 Abs. 2 FL versuche einen gerechten Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Falle langer Abwesenheiten wegen Krankheit herzustellen. Letztlich diene er aber insbesondere den Interessen der Arbeitnehmer. Durch die verkürzte Kündigungsfrist im Falle einer langen Krankheitsabwesenheit würde für den Arbeitgeber ein Anreiz geschaffen, einem erkrankten Arbeitnehmer nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu kündigen, sondern ihn erst einmal weiterzubeschäftigen, weil der Arbeitgeber wisse, dass bei sehr langen Fehlzeiten dann im Ausgleich die Kündigungsfrist verringert ist.

74. Diese verfolgten Ziele sind legitim, und die Regelung ist angesichts des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten auch nicht offensichtlich ungeeignet(27), um sie zu erreichen. Eine alternative, aber weniger einschneidende Maßnahme müsste sich in das übrige System der arbeitsrechtlichen Regelungen einfügen können. Ob ein solches Mittel vorstellbar ist, ist daher ohne weitere Informationen schwer zu beurteilen.

75. Entscheidend ist, ob die durch die verkürzte Kündigungsfrist in ihrer gegenwärtigen Form bedingten Nachteile für Arbeitnehmer mit Behinderung in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen, ob sie also nicht zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der Betroffenen führt. Dieses verlangt, dass ein gerechter Ausgleich zwischen den verschiedenen widerstreitenden Interessen gefunden wird(28). Insofern ist fraglich, ob eine angemessene Regelung nicht auch den Schweregrad der Behinderung und die Wiedereinstellungschancen des betroffenen Arbeitnehmers mit in den Blick nehmen müsste. Je schwerer die Behinderung und je schwieriger die Suche nach einer neuen Beschäftigung sein wird, desto wichtiger ist die Länge der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer. Dies im Einzelnen zu beurteilen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

76. Als Ergebnis des ersten Teils der vierten Vorlagefrage ist somit festzuhalten, dass die Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen Krankheitsfehlzeiten mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn die Krankheit auf der Behinderung beruht. Das gilt nicht, wenn die Benachteiligung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

2. Zweiter Teil der vierten Vorlagefrage

77. Mit dem zweiten Teil der vierten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht schließlich wissen, ob die Richtlinie 2000/78 einer Verkürzung der Kündigungsfrist entgegensteht, wenn die Abwesenheit des Arbeitnehmers darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber nicht die angemessenen Vorkehrungen gemäß Art. 5 der Richtlinie getroffen hat, um einer Person mit einer Behinderung die Ausübung ihres Berufs zu ermöglichen.

78. Im Rahmen der Frage, welche Vorkehrungen angemessen im Sinne von Art. 5 der Richtlinie sind, findet bereits eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Hierbei wird unter Abwägung der Interessen des behinderten Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers geklärt, ob die zu treffenden Vorkehrungen dem Arbeitgeber zuzumuten sind. Trifft nun der Arbeitgeber diese ihm zumutbaren angemessenen Vorkehrungen nicht, kommt er also seiner Verpflichtung aus Art. 5 der Richtlinie nicht nach, darf ihm hieraus kein rechtlicher Vorteil entstehen. Die Verpflichtung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78 würde leer laufen, wenn die Unterlassung von verhältnismäßigen Maßnahmen eine Benachteiligung eines behinderten Arbeitnehmers rechtfertigen könnte. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift können daher aus der Unterlassung einer Maßnahme resultierende Fehlzeiten des Arbeitnehmers eine Verkürzung der Kündigungsfrist nicht rechtfertigen.

79. Beruht die Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist auf Fehlzeiten des Arbeitnehmers, die dadurch verursacht wurden, dass der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 nicht ergriffen hat, stellt dies daher eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dar.

VI – Ergebnis

80. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1. a) Der Begriff Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf umfasst eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben darstellt.

b) Für die Definition der Behinderung ist es unerheblich, dass die Beeinträchtigung durch eine Krankheit verursacht wurde; allein entscheidend ist, ob die Einschränkung wahrscheinlich von langer Dauer ist.

c) Auch eine Funktionsbeeinträchtigung von langer Dauer, die keinen Bedarf an besonderen Hilfsmitteln zur Folge hat und die allein oder im Wesentlichen darin besteht, dass die betreffende Person nicht zu einer Vollzeittätigkeit in der Lage ist, ist als Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78 anzusehen.

2. Eine Herabsetzung der Arbeitszeit kann zu den von Art. 5 der Richtlinie 2000/78 umfassten Maßnahmen gehören. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Einzelfall festzustellen, ob eine solche Maßnahme zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Arbeitgebers führt.

3. Die Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen

Krankheitsfehlzeiten mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen darf, wenn die Krankheit auf der Behinderung beruht. Das gilt nicht, wenn die Benachteiligung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Beruht die Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist jedoch auf Fehlzeiten des Arbeitnehmers, die dadurch verursacht wurden, dass der Arbeitgeber keine angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78 ergriffen hat, stellt dies eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dar.

1 – Originalsprache: Deutsch.

2 – Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16, im Folgenden: Richtlinie 2000/78.

3 – Urteil vom 11. Juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Slg. 2006, I-6467).

4 – Ratifiziert von der Europäischen Union am 23. Dezember 2010; im Folgenden: UN-Übereinkommen. Siehe Beschluss des Rates 2010/48/EG vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens, ABl. 2010, L 23, S. 35.

5 – Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (Gesetz über die Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt).

6 – Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (Funktionærlov (Angestelltengesetz), im Folgenden: FL.

7 – Verband der Handels- und Büroangestellten Dänemark.

8 – Bei der flexjob-Regelung handelt es sich um eine dänische Regelung staatlicher Lohnzuschüsse bei Beschäftigung von Menschen mit dauerhaft verminderter Arbeitsfähigkeit.

9 – Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 43).

10 – Ebd., Randnr. 45.

11 – So auch Generalanwalt Geelhoed in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Nr. 66).

12 – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. September 1996, Kommission/Deutschland (C-61/94, Slg. 1996, I-3989, Randnr. 52), vom 12. Januar 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht (C-311/04, Slg. 2006, I-609, Randnr. 25), vom 3. Juni 2008, Intertanko u. a. (C-308/06, Slg. 2008, I-4057, Randnr. 42), sowie vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351,

Randnr. 307), und vom 21. Dezember 2011, Air Transport Association of America u. a. (C-366/10, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 50).

13 – Vgl. Urteile Kommission/Deutschland (zitiert in Fn. 12, Randnr. 52), vom 14. Juli 1998, Bettati (C-341/95, Slg. 1998, I-4355, Randnr. 20), vom 9. Januar 2003, Petrotub und Republica (C-76/00 P, Slg. 2003, I-79, Randnr. 57), und vom 14. Mai 2009, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely (C-161/08, Slg. 2009, I-4075, Randnr. 38).

14 – Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 46).

15 – Ebd., Randnr. 57.

16 – Urteil vom 17. Juli 2008, Coleman (C-303/06, Slg. 2008, I-5603, Randnr. 46).

17 – US Supreme Court, Bragdon v. Abbott, 524 US 624 [1998], § 12102 Abs. 1 (A) des ADA 1990 bejaht dann eine Behinderung, wenn „a physical ... impairment that substantially limits one or more of [an individual's] major life activities“ vorliegt.

18 – Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine Erkrankung an Diabetes mellitus Typ I, die von den nationalen Behörden als geringfügig eingestuft wurde, als Behinderung für die Zwecke des Diskriminierungsschutzes anerkannt, EGMR, Urteil vom 30. April 2009 (Glor/Schweiz, Nr. 13444/04).

19 – Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 45).

20 – In der englischen Sprachfassung: „long-term [...] impairments“, in der französischen Sprachfassung: „incapacités [...] durables“.

21 – Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. L 14, S. 9.

22 – Siehe Erwägungsgründe 8, 9, 11 und 16 der Richtlinie 2000/78.

23 – Urteil Chacón Navas (zitiert in Fn. 3, Randnr. 51).

24 – Siehe bereits meine Schlussanträge vom 6. Mai 2010, Andersen (C-499/08, Slg. 2010, I-9343, Nr. 42).

25 – Urteile vom 12. Juli 2001, Jippes u. a. (C-189/01, Slg. 2001, I-5689, Randnr. 81), vom 7. Juli 2009, S.P.C.M. u. a. (C-558/07, Slg. 2009, I-5783, Randnr. 41), und

vom 8. Juli 2010, Afton Chemical (C-343/09, Slg. 2010, I-7023, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 – Vgl. aus dem Bereich der Altersdiskriminierung Urteile vom 16. Oktober 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Randnr. 68), und vom 12. Oktober 2010, Rosenblatt (C-45/09, Slg. 2010, I-9391, Randnr. 41).

27 – Vgl. hierzu Urteile Palacios de la Villa (zitiert in Fn. 26, Randnr. 72) und vom 12. Januar 2010, Petersen (C-341/08, Slg. 2010, I-47, Randnr. 70).

28 – Vgl. hierzu meine Schlussanträge in der Rechtssache Andersen (zitiert in Fn. 24, Nr. 68) und meine Stellungnahme vom 2. Oktober 2012, Kommission/Ungarn (C-286/12, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 78).

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL Mme
JULIANE KOKOTT
présentées le 6 décembre 2012 (1)
Affaires jointes C-335/11 et C-337/11

HK Danmark, handelnd für Jette Ring
contre
Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB

et

HK Danmark, handelnd für Lone Skouboe Werge
contre
Pro Display A/S in Konkurs
(demande de décision préjudicielle formée par le Sø- og Handelsretten
[Dänemark])

«Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Directive 2000/78/CE –
Interdiction des discriminations en raison d'un handicap – Notion de handicap –
Distinction entre maladie et handicap – Aménagements raisonnables en faveur
des personnes handicapées – Discrimination indirecte – Justification »

I – Introduction

1. Quand peut-on parler de handicap au sens de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2) et comment la notion de handicap peut-elle être distinguée de la maladie ? Ces questions sont au coeur de la procédure préjudicielle qui nous intéresse ici. La Cour est donc appelée à préciser la définition de la notion de handicap qui ressort de son arrêt Chacón Navas (3).

2. Il est en outre question de ce que recouvre la notion d'aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, que l'employeur est tenu de prévoir en application de l'article 5 de la directive 2000/78. Enfin, la juridiction de renvoi souhaite savoir si la réduction du délai de préavis de licenciement motivée par des absences pour cause de maladie peut constituer une discrimination en raison d'un handicap.

II – Le cadre juridique

A – Le droit international

3. On peut lire ce qui suit dans le préambule de la Convention des Nations unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (4), sous e): «Reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres».

4. L'article 1er, deuxième alinéa de la convention, énonce la définition suivante :

«Au sens de la Convention des Nations Unies, on entend par personnes handicapées des individus qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres».

B – Le droit de l'Union

5. Selon le vingtième considérant de la directive 2000/78 :

«Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire, des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement».

6. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, une discrimination indirecte se produit «lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

...»

7. L'article 5 de la directive 2000/78 prévoit ce qui suit sous l'intitulé «Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées»:

«Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation

lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées».

C – Le droit national

8. La directive 2000/78 a été transposée en droit danois par la Forskelsbehandlingslov(5). L'article 7 de cette loi prévoit la possibilité de demander une réparation en cas de non-respect de l'interdiction de discrimination ou lorsque l'employeur n'a pas pris les mesures requises.

9. La Funktionærlov (6) régit la relation juridique entre employeurs et travailleurs/employés.

10. Son article 5, paragraphe 2 contient une disposition spéciale s'agissant du licenciement pour cause de maladie du salarié ; il prévoit que :

«Le contrat de travail écrit peut toutefois prévoir que la durée du préavis ne sera que d'un mois à effet du dernier jour du mois suivant si, au cours des douze derniers mois, le travailleur salarié a été absent pour cause de maladie avec maintien de la rémunération pendant 120 jours. Le licenciement est valable s'il intervient immédiatement à l'issue de la période de 120 jours d'absence pour cause de maladie et que le travailleur salarié est toujours en arrêt maladie; le fait que le travailleur salarié retourne sur son lieu de travail après la décision de licenciement est sans incidence sur sa validité».

III – Les faits et la procédure au principal

11. Les procédures préjudicielles présentement soumises à la Cour ont pour origine deux recours introduits en 2006 par le Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark (HK)(7) agissant au nom des salariées Jette Ring et Lone Skouboe Werge, réclamant une réparation conformément à la loi danoise anti-discrimination, pour discrimination en raison d'un handicap. L'application de l'article 5, paragraphe 2 de la FL avait été convenue pour les deux contrats de travail.

A – L'affaire C-335/11

12. Dans l'affaire Ring, la procédure au principal a pour origine les faits suivants:

13. Mme Ring était employée depuis 2000 par l'entreprise Dansk Almennyttigt Boligselskab (DAB) en tant qu'employée chargée de l'accueil des clients. Entre juin 2005 jusqu'à son licenciement en novembre 2005, elle a été absente à plusieurs reprises pour maladie; les périodes d'absence représentaient au total plus de 120 jours. Les certificats médicaux produits pour justifier les

absences font état de douleurs chroniques au niveau du dos dues notamment à un développement d'arthrose au niveau des lombaires, se traduisant par des douleurs lombaires constantes. Les médecins traitants étant partis du principe d'une rigidification des vertèbres lombaires par un processus naturel de soudure, il n'y avait pas d'autres possibilités de traitement. Aucune mesure destinée à soulager ces douleurs, telle l'achat d'un bureau ajustable en hauteur pour son poste de travail ou l'offre d'un emploi à temps partiel, n'a été prise pendant la période au cours de laquelle Mme Ring a travaillé pour DAB, et ce bien que DAB propose en principe des postes à temps partiel.

14. En raison de la durée cumulée de ses absences, Mme Ring a été licenciée avec un préavis réduit en application de l'article 5, paragraphe 2 de la FL. Immédiatement après le licenciement de Mme Ring, DAB a fait passer une annonce d'offre d'emploi à temps partiel, pour des fonctions comparables à celles qu'elle exerçait, dans un bureau régional situé à proximité. Mme Ring a commencé un nouveau travail en qualité d'hôtesse d'accueil auprès d'une autre société, laquelle a mis à sa disposition une table de travail ajustable en hauteur et fixé son temps de travail hebdomadaire à 20 heures. Elle a été embauchée à temps plein suivant le régime danois des horaires flexibles avec une compensation de 50% de son salaire (8).

B – Affaire C-337/11

15. Dans l'affaire Skouboe Werge, le Sør- og Handelsret a exposé les éléments de fait suivants:

16. Mme Skouboe Werge travaillait depuis 1998 en tant qu'assistante de direction pour la société Pro Display. Après avoir été victime en décembre 2003 d'une entorse cervicale à la suite d'un accident de la circulation, après lequel elle avait été en arrêt maladie pendant trois semaines, elle a tout d'abord repris son activité à temps plein chez Pro Display. Lorsqu'il est apparu, à la fin de l'année 2004, que Mme Skouboe Werge souffrait encore des séquelles de son entorse cervicale, elle a été mise en arrêt maladie pour quatre semaines, période où elle ne devait travailler que quatre heures par jour environ. En janvier 2005, Mme Skouboe Werge s'est mise en arrêt maladie à temps plein, en raison de douleurs persistantes. Elle a ensuite été informée de son licenciement avec un préavis d'un mois prenant fin le 31 mai 2005, en application de la règle des 120 jours de l'article 5, paragraphe 2, de la FL.

17. Les troubles de Mme Skouboe Werge se manifestaient par différents symptômes, en particulier des douleurs à la nuque irradiant vers les épaules et les avants-bras, des problèmes à la mâchoire, un état d'asthénie, des troubles de la concentration et des pertes de mémoire, des difficultés d'élocution, une hypersensibilité aux bruits, une faible résistance au stress et des pertes de connaissance. À compter de juin 2006, après que sa capacité à travailler eut été évaluée à environ huit heures par semaine à un rythme lent, Mme Skouboe Werge a bénéficié d'une pension de retraite anticipée. En outre, par une

décision de l'autorité compétente en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, le taux de lésion de Mme Skouboe Werge a été fixé à 10 % et le taux de perte de revenus à 65 %.

18. Dans la procédure au principal, HK a fait valoir que ces salariées ne pouvaient valablement être licenciées avec un préavis réduit en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la FL, au motif qu'il s'agissait d'une discrimination en raison du handicap prohibée par la directive 2000/78. La juridiction de renvoi s'interroge donc sur la définition de la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78.

IV – Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

19. Par ordonnances du 29 juin 2011, parvenues à la Cour le 1er juillet 2011, le Søg og Handelsret a sursis à statuer et saisi la Cour des questions suivantes:

1a) La notion de «handicap», au sens de la directive, est-elle applicable à toute personne qui, en raison d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, ne peut accomplir son travail pendant une période satisfaisant à la condition de durée visée au point 45 de l'arrêt de la Cour du 16 juillet 2006, *Navas*, ou ne peut le faire que de façon limitée?

1b) Un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme incurable peut-il relever de la notion d'handicap au sens de cette directive?

1c) Un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable peut-il relever de la notion d'handicap au sens de cette directive?

2) Une incapacité permanente ne nécessitant pas l'utilisation d'équipements spéciaux ou autres et qui se traduit pour l'essentiel par le fait que la personne qui en est atteinte n'est pas en mesure de travailler à plein temps, relève-t-elle de la notion d'handicap au sens de la directive 2000/78?

3) La réduction du temps de travail peut-elle constituer l'une des mesures visées par l'article 5 de la directive 2000/78?

4) La directive 2000/78 fait-elle obstacle à l'application d'une loi nationale suivant laquelle un employeur peut mettre fin au contrat de travail avec un préavis réduit si le travailleur, qui doit être considéré comme handicapé au sens de ladite directive, a été en arrêt maladie avec maintien du salaire pendant 120 jours en tout au cours des douze derniers mois lorsque:

a. les absences du travailleur sont la conséquence de son handicap?

ou que

b. les absences du travailleur sont imputables au fait que l'employeur n'a pas pris les mesures concrètes nécessaires pour qu'une personne handicapée puisse exercer son emploi?

20. Par ordonnance du Président de la Cour du 4 août 2011, les affaires C-335/11 et C-337/11 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale, ainsi que de l'arrêt.

21. Outre les parties au principal, les gouvernements du Danemark, de l'Irlande, de la Pologne et du Royaume-Uni ainsi que Commission européenne ont participé à la procédure écrite orale devant la Cour. Par ailleurs, les gouvernements de Belgique et de Grèce ont présenté des observations écrites.

V – Appréciation

22. Il convient de répondre conjointement à la première et à la deuxième questions du Søg og Handelsret, dans la mesure où elles concernent toutes deux la définition de la notion de handicap (ci-après sous A.). La troisième question porte sur les modalités et l'ampleur des aménagements que l'employeur doit prévoir conformément à l'article 5 de la directive 2000/78 (ci-après sous B). Pour finir, il conviendra d'aborder la quatrième question et donc d'examiner si la réduction du délai de préavis en raison d'absences pour maladie est une disposition discriminatoire (ci-après sous C.).

A – La première et la deuxième questions

1. Définition de la notion de handicap

23. La directive 2000/78 ne fournit elle-même aucune définition de la notion de handicap.

24. La Cour a déjà été appelée, dans l'arrêt Chacón Navas, à donner une définition de cette notion propre au droit de l'Union. Selon cet arrêt, la notion de handicap doit être entendue comme visant «une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle» (9). Il doit en outre être probable que cette limitation soit de longue durée (10).

25. En 2010 – soit quelques années après l'arrêt Chacón Navas – l'Union européenne a ratifié la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. La convention de l'ONU précise tout d'abord dans son préambule que la notion de handicap n'est pas figée et que la définition du handicap évolue en permanence (11). L'article 1er de la convention définit ensuite cette notion. Selon ce texte, on entend par «personnes handicapées des individus qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres».

26. Il découle de l'article 216, paragraphe 2, TFUE que les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres. Les accords internationaux conclus par l'Union font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union à compter de leur entrée en vigueur(12). Pour cette raison, les dispositions du droit de l'Union dérivé doivent faire l'objet, si possible, d'une interprétation conforme aux obligations de droit public de l'Union (13).

27. La notion de handicap au sens de la directive 2000/78 ne devrait donc pas être en retrait par rapport à l'étendue de la protection offerte par la convention de l'ONU. Selon la définition de la convention de l'ONU, l'obstacle à la participation à la société de la personne handicapée résulte de «l'interaction avec diverses barrières». Il se pourrait donc, dans certains cas de figure, que la définition de l'arrêt Chacón Navas soit en retrait par rapport à la définition de la convention de l'ONU et qu'il y ait lieu de l'interpréter conformément au droit international.

28. Dans les affaires qui nous intéressent ici, le noeud du problème ne se rapporte toutefois pas aux «barrières» dont il est question dans cette définition. La juridiction de renvoi souhaite savoir si un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme incurable ou curable peut relever de la notion de handicap. Ni la définition qui ressort de l'arrêt Chacón Navas ni celle de la convention de l'ONU ne permettent par elles-mêmes de répondre aux questions de la juridiction de renvoi. En effet, mise à part l'exigence d'une limitation de longue durée, ces deux définitions n'exposent aucun critère explicite permettant de distinguer le handicap de la maladie.

29. Pour répondre aux questions de la juridiction de renvoi, il convient par conséquent d'aborder maintenant la question de la distinction entre maladie et handicap.

2. La distinction entre maladie et handicap

30. Dans son arrêt Chacón Navas, la Cour a constaté que la directive 2000/78 ne protège déjà pas les travailleurs atteints d'une maladie quelconque (14). La Cour opère donc une distinction entre maladie et handicap. En effet, la «maladie» n'est pas évoquée dans la directive comme un motif de discrimination propre.

31. Cependant, la Cour n'a exclu du champ d'application de la directive que la «maladie en tant que telle» (15). On ne saurait déduire de l'arrêt Chacón Navas qu'une maladie, cause de handicap, fait obstacle à la qualification de handicap. Enfin, dans son deuxième arrêt concernant une discrimination en raison d'un handicap, la Cour a également précisé que l'arrêt Chacón Navas ne saurait être interprété en ce sens que la portée *ratione personae* de cette directive devrait être interprétée de manière restrictive (16).

32. En particulier, il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir uniquement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle. Il serait arbitraire que la directive puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap, sans compter que cela irait à l'encontre de l'objectif même de la directive qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement.

33. Il convient donc de distinguer entre la maladie comme possible cause d'incapacité et l'incapacité qui en résulte. La limitation permanente résultant d'une maladie et faisant obstacle à la participation à la vie professionnelle relève également de la protection de la directive.

34. Les affaires dont il est ici question concernent des atteintes ou incapacités physiques, qui se manifestent notamment par des douleurs et une certaine immobilité. La distinction entre maladie et handicap est donc ici plus aisée que dans l'affaire soumise à la Cour suprême des États-unis, dans laquelle celle-ci a constaté que, même en l'absence de tout symptôme, une infection au virus HIV pouvait constituer un handicap au sens de l'Anti-Discrimination Act (17). La question de savoir si les troubles dont souffre une personne constituent concrètement une limitation relève de l'appréciation de la juridiction de l'État membre.

35. Le libellé de la directive 2000/78 ne contient aucun élément qui permettrait de limiter son champ d'application à un certain degré de gravité du handicap (18). Cette question n'ayant toutefois ni été posée par la juridiction de renvoi, ni discutée entre les parties à la procédure, elle n'a pas à être résolue ici de manière définitive.

36. L'existence d'un handicap suppose en outre que la limitation soit probablement de «longue durée» (19). La convention de l'ONU évoque à cet égard la nécessité d'incapacités «durables» (20). Nous n'y voyons aucune différence quant au contenu.

37. Dans le cas d'une limitation ayant pour origine une maladie incurable, cette condition de longue durée sera en général remplie. Cependant, même une maladie en principe curable peut nécessiter un laps de temps tellement long avant la guérison complète qu'elle implique une limitation de longue durée. De surcroît, même une maladie en principe curable peut avoir pour séquelle une limitation durable. Dans le cas précis des maladies chroniques, le passage d'une maladie (susceptible d'être traitée) à une limitation probablement permanente – qui prendra alors le caractère d'un handicap – peut être à peine perceptible. Ce n'est qu'une fois que cette limitation permanente est diagnostiquée que l'on peut parler d'un handicap.

38. La seule constatation du caractère intrinsèquement curable ou non, permanent ou provisoire d'une maladie n'autorise donc aucune conclusion définitive quant à l'existence ultérieure d'une limitation de longue durée.

3. Le besoin d'équipements spéciaux

39. La juridiction de renvoi demande en outre si la reconnaissance d'un handicap est subordonnée à la nécessité pour l'intéressé d'utiliser des équipements spéciaux ou s'il suffit qu'il ne soit plus en mesure de travailler à plein temps.

40. La notion de handicap au sens de la directive n'est pas subordonnée à la nécessité d'utiliser des équipements spéciaux.

41. Il ressort clairement de l'article 5 de la directive 2000/78 que l'existence d'un handicap doit d'abord être constatée pour que les mesures appropriées requises soient prises. Le vingtième considérant livre un certain nombre d'éléments sur ce qu'il convient d'entendre par mesures raisonnables, et précise notamment qu'il convient d'aménager «le poste de travail en fonction du handicap». La nécessité d'installations et d'équipements spéciaux est donc une conséquence de la constatation du handicap et non un élément de sa définition.

42. Le sens et la finalité de la directive ne semblent pas non plus suggérer que le besoin d'équipements spéciaux serait un élément de la définition du handicap. Les handicaps au sens de la directive peuvent avoir pour origine des atteintes physiques, psychiques ou mentales. Cette insistance sur le besoin d'équipements spéciaux semble toutefois correspondre uniquement à l'image de la personne souffrant d'atteintes physiques. En exigeant l'utilisation d'équipements spéciaux comme élément nécessaire de la notion de handicap, les atteintes mentales ou psychiques explicitement évoquées dans la directive seraient d'emblée exclues, car elles ne nécessitent pas en règle générale d'équipements spéciaux. Une telle exigence aurait également pour effet de désavantager précisément les personnes dont le handicap ne peut être compensé ou atténué par un équipement spécial et qui, ne serait-ce que pour cette raison, sont plutôt plus gravement touchées que d'autres.

43. En définitive, tout dépend donc uniquement de la question de savoir s'il existe une entrave à la participation à la vie professionnelle.

44. DAB et Pro Display ont fait valoir que seule une personne totalement exclue de la vie professionnelle peut être considérée comme handicapée, de sorte qu'une simple réduction de la capacité de travail n'est pas suffisante aux fins de la qualification de handicap. Un tel raisonnement ne parvient pas à nous convaincre. Ne serait-ce que d'après son sens généralement admis, l'idée d'une «entrave à la participation à la vie professionnelle» recouvre également des limitations simplement partielles et non pas seulement une «exclusion» pure et simple de la vie professionnelle.

45. Le dix-septième considérant de la directive tend également à plaider pour une application de la directive aux personnes ne pouvant participer à la vie professionnelle parce qu'elles ne sont pas en mesure de travailler à temps plein. Ce considérant expose que la directive protège les travailleurs qui seraient en principe «compétent[s], ...capable[s] [ou] disponible[s] pour remplir les fonctions

essentielles du poste concerné». La directive vise donc précisément à protéger des personnes qui peuvent en principe participer à la vie professionnelle - ne serait-ce que dans une mesure limitée ou moyennant des aménagements spécifiques. L'application de la directive n'est donc pas subordonnée à l'exclusion de l'intéressé de toute vie professionnelle.

46. Il convient donc de considérer à titre de conclusion intermédiaire que la notion de «handicap» doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Peu importe, aux fins de la définition du handicap, que cette atteinte ait pour origine une maladie; la seule question décisive est de savoir si la limitation est de longue durée. Une incapacité de longue durée ne nécessitant pas l'utilisation d'équipements spéciaux et qui se traduit pour l'essentiel par le fait que la personne qui en est atteinte n'est pas en mesure de travailler à plein temps relève également de la notion d'handicap au sens de la directive 2000/78.

B – Troisième question

47. Par sa troisième question, le SØ- og Handelsret souhaite savoir si la réduction du temps de travail peut également constituer un aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées.

48. L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2000/78, prévoit que des aménagements raisonnables sont prévus afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées. Cela signifie que l'employeur doit prendre «les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète», pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée. L'employeur n'est dispensé de cette obligation que si ces mesures lui imposeraient une charge disproportionnée.

49. Cette disposition n'a pas seulement pour objectif que la personne handicapée soit traitée de manière égale mais également qu'elle soit mise sur un pied d'égalité, et donc qu'elle puisse ainsi exercer un métier.

50. L'article 5 de la directive 2000/78 énonce simplement que les mesures doivent être appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à l'intéressé d'accéder à un emploi, etc.

51. Le vingtième considérant de la directive précise cependant cette disposition. Il convient en effet selon lui de prévoir «des mesures efficaces et pratiques» «destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement».

52. La réduction du temps de travail pourrait correspondre à l'exemple explicitement évoqué de «l'adaptation des rythmes de travail». DAB et Pro Display sont toutefois d'avis que les rythmes de travail ne visent précisément pas le temps de travail mais simplement la prestation de travail et sa cadence ou encore la répartition des tâches entre employés.

53. Même si l'on admettait que la réduction du temps de travail ne correspond pas à l'adaptation des rythmes de travail, nous sommes d'avis que la réduction du temps de travail relève des mesures visées à l'article 5 de la directive.

54. En effet, il ressort du libellé du vingtième considérant que celui-ci énumère simplement un certain nombre d'exemples, dont la liste ne saurait être considérée comme exhaustive. On ne saurait déduire du seul fait que la réduction du temps de travail n'y est pas expressément mentionnée qu'une telle mesure ne relève pas de l'article 5 de la directive.

55. DAB et Pro Display font en outre observer que la directive n'évoque pas le temps de travail et que cette notion n'a pas été discutée dans le cadre des travaux préparatoires à la directive. Ils estiment que la discussion sur la notion de réduction du temps de travail, en raison de son lien si étroit avec la directive sur le temps de travail (21), doit également nécessairement être examinée sur le fondement de celle-ci.

56. Cependant, le législateur de l'Union a conçu largement le libellé de l'article 5. Ce texte évoque de façon générale des mesures permettant aux personnes handicapées d'accéder à un emploi. Il ne fait aucun doute qu'une réduction du temps de travail peut permettre à une personne handicapée de pouvoir exercer un métier.

57. Le vingtième considérant de la directive plaide également en faveur d'une interprétation large de son article 5. Il en ressort en effet que, contrairement à la thèse de DAB et Pro Display, les mesures envisagées ne sont pas seulement d'ordre matériel mais également d'ordre organisationnel. L'«aménagement des locaux» ou l'«adaptation des équipements» visent à éliminer les limitations physiques tandis que l'«aménagement des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement» relève plutôt des mesures d'organisation. Cela correspond notamment à la notion de handicap telle qu'elle ressort de la convention de l'ONU, qui considère que la limitation peut résulter non seulement de barrières physiques, mais également d'autres barrières, notamment sociales.

58. Le sens et la finalité de la directive 2000/78 plaident également pour la prise en compte de l'activité à temps partiel. La directive réclame des mesures individualisées afin d'assurer l'égalité et donc une meilleure participation des personnes handicapées à la vie professionnelle (22) Le point déterminant sera donc l'aptitude d'une mesure déterminée à permettre à une personne handicapée d'exercer un métier ou de continuer à l'exercer. Dans ces conditions,

il est tout à fait conforme au sens et à la finalité de la directive de ne pas exclure totalement du marché du travail des travailleurs handicapés capables de travailler au moins une partie du temps, mais au contraire de leur permettre de participer de façon appropriée à la vie professionnelle en leur offrant un emploi à temps partiel. Il n'apparaît pas que la directive exige uniquement des mesures telles que l'installation d'un ascenseur ou d'installations sanitaires accessibles en fauteuil roulant – ce qui peut également être lourd et coûteux – mais que des mesures telles que la réduction du temps de travail seraient exclues.

59. L'objection de DAB et Pro Display, selon laquelle une activité à temps partiel constitue, dans certaines circonstances, une grave ingérence dans les rapports juridiques entre employeur et salarié et peut s'avérer une charge pour l'employeur, n'est certes pas sans fondement. Mais cela vaut également pour l'adaptation des locaux citée à titre d'exemple. C'est pourquoi l'article 5, deuxième phrase, subordonne toutefois cette obligation de l'employeur à la condition également que les mesures ne constituent pas pour lui une charge disproportionnée. La directive exige à cet égard un équilibre approprié entre les intérêts du travailleur handicapé à bénéficier de mesures de soutien et ceux de l'employeur qui ne peut être tenu d'accepter sans condition toute ingérence dans l'organisation de son entreprise ou un préjudice économique.

60. Il convient donc de conclure à ce stade qu'une réduction du temps de travail peut faire partie de mesures visées à l'article 5 de la directive 2000/78. Il appartient à la juridiction nationale de constater au cas par cas si une telle mesure peut impliquer une charge disproportionnée pour l'employeur.

C – Quatrième question

1. Première partie de la quatrième question

61. Dans la première partie de sa quatrième question, le SØ- og Handelsret souhaite savoir dans quelle mesure une disposition nationale prévoyant qu'un employeur peut mettre fin au contrat de travail avec un préavis réduit en cas d'absences pour maladie, dès lors qu'elle s'applique également lorsque ces absences sont la conséquence du handicap, est incompatible avec la directive 2000/78.

62. La directive 2000/78 prohibe, conformément aux dispositions combinées de son article 1er et de son article 2, paragraphe 2, la discrimination directe ou indirecte fondée sur un handicap, en matière d'emploi et de travail. Selon ce texte, il y a discrimination directe lorsqu'une personne, en raison d'un handicap, est traitée de manière moins favorable qu'une autre dans une situation comparable. Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes handicapées par rapport à d'autres personnes, à moins que cela puisse être justifié. Le champ d'application matériel de la directive comprend explicitement, conformément à son article 3, paragraphe 1, sous c), les conditions de licenciement. Il convient par conséquent

d'examiner tout d'abord ci-après la question de savoir si la réduction du délai de préavis peut être qualifiée de discrimination directe ou indirecte et, le cas échéant, si elle peut être justifiée.

a) Le désavantage

63. Il nous faut cependant avant toutes choses préciser l'objet de notre analyse: la juridiction de renvoi pose uniquement la question de la conformité au droit de l'Union de la disposition prévoyant la réduction du délai de préavis en cas d'absences pour maladie.

64. Une autre question qui pourrait se poser au regard des faits au principal serait de savoir dans quelle mesure les périodes d'absence liées à un handicap ou à une maladie elle-même liée à un handicap peuvent en tout état de cause constituer un motif valable de licenciement. La Cour a déjà constaté que la directive s'oppose à un licenciement qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste (23). On pourrait en déduire à l'inverse que le licenciement est admis lorsque les aménagements nécessaires pour adapter le poste de travail représenteraient une charge disproportionnée pour l'employeur ou que le salarié, du fait de ses absences, n'est pas disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste. Nous sommes d'avis que cette constatation de la Cour n'a toutefois pas encore éclairci de façon définitive la question de l'admissibilité d'un licenciement motivé par des absences en raison d'une maladie elle-même liée à un handicap. Cependant, pour répondre à la question posée, nous nous intéresserons maintenant uniquement à la réduction du délai de préavis de licenciement.

65. En cas d'absence d'un travailleur handicapé ayant pour cause une «maladie ordinaire», la prise en compte des périodes d'absence pour maladie pour réduire le délai de préavis n'est pas un désavantage par comparaison à une personne sans handicap. En effet, en règle générale, la probabilité d'attraper une maladie telle que la grippe n'est pas liée au handicap et concerne de la même manière les travailleurs handicapés ou non.

66. Il est toutefois question en l'occurrence d'absences liées à un handicap. L'article 5, paragraphe 2, de la FL est à première vue neutre, car il concerne tous les travailleurs ayant été absents plus de 120 jours pour maladie. Il ne crée donc pas de discrimination directe au détriment des personnes handicapées. En effet, ce texte ne se réfère pas directement au critère distinctif prohibé du handicap et ne prévoit pas non plus une différence de traitement sur la base d'un critère qui serait indissociablement lié au handicap. Un handicap, en effet, n'entraîne pas nécessairement des maladies et des absences pour maladie, de sorte que l'on ne peut parler d'un tel lien indissociable.

67. On peut toutefois y voir une discrimination indirecte. En effet, dès lors que la maladie est liée à un handicap, des situations non comparables sont

traitées de la même manière. En règle générale, les travailleurs handicapés sont plus exposés au risque d'une maladie liée à leur handicap que les travailleurs qui n'ont aucun handicap. Ces derniers peuvent souffrir uniquement d'une maladie «ordinaire». Les travailleurs handicapés peuvent toutefois en outre être aussi atteints d'une telle maladie. La disposition prévoyant la réduction du délai de préavis de licenciement est donc une disposition qui désavantage indirectement les travailleurs handicapés par rapport aux travailleurs qui ne le sont pas.

68. L'objection, soulevée par certaines des parties, selon laquelle, en raison du droit du travailleur de ne pas divulguer la nature de sa maladie, il ne serait pas possible de distinguer entre les maladies «ordinaires» et les maladies liées au handicap, ne nous convainc pas. Il est en effet possible de concilier ces deux aspects, en ayant recours par exemple à un médecin-conseil.

b) Justification

69. En vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), point i) de la directive, une disposition telle que l'article 5, paragraphe 2, de la FL est justifiée lorsqu'elle poursuit un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Cette formulation reprend les conditions, généralement admises en droit de l'Union, de justification d'une inégalité de traitement (24).

70. La réglementation doit donc être apte à réaliser un objectif légitime. Elle doit en outre être nécessaire, c'est-à-dire que l'objectif légitime visé ne doit pas pouvoir être atteint par un moyen plus modéré, tout aussi approprié. Enfin, la réglementation doit également être proportionnée au sens le plus strict, c'est-à-dire qu'elle ne doit entraîner aucun inconvénient qui serait démesuré par rapport aux buts visés (25).

71. Il convient de ne pas perdre de vue dans la vérification de ces critères qu'il est admis dans la jurisprudence que les États membres disposent d'une marge d'appréciation importante dans le choix des mesures permettant d'atteindre leurs objectifs dans le domaine de la politique sociale et de l'emploi (26).

72. L'ordonnance de renvoi ne donne aucun élément sur les objectifs poursuivis par l'article 5, paragraphe 2 de la FL. Il est donc difficile de se prononcer. Il appartiendra dès lors au juge de renvoi d'apprécier de manière définitive la réglementation litigieuse.

73. Le gouvernement danois a fait valoir que l'article 5, paragraphe 2, de la FL s'efforçait d'établir un juste équilibre entre les employeurs et les travailleurs en cas de longues absences pour maladie. Il servirait en définitive plus particulièrement les intérêts du travailleur. Le délai de préavis réduit en cas de longue absence pour maladie est censé inciter l'employeur à ne pas licencier le travailleur malade dès que possible mais d'abord à continuer à l'employer,

l'employeur sachant qu'en cas d'absence de très longue durée le délai de préavis est en contrepartie réduit.

74. Ces objectifs sont légitimes et la réglementation n'est pas non plus, compte tenu de la marge d'appréciation des États membres, manifestement inappropriée (27), pour réaliser ces objectifs. Une mesure alternative mais moins restrictive devrait pouvoir s'insérer dans la globalité du régime juridique applicable aux relations de travail. L'existence d'une telle possibilité, en l'absence d'éléments supplémentaires, est donc difficile à évaluer.

75. La question décisive est de savoir si les inconvénients liés au délai de préavis réduit dans sa forme actuelle que subit le travailleur handicapé sont proportionnés aux objectifs poursuivis, c'est-à-dire s'ils n'entraînent pas une restriction excessive pour les intéressés. Pour cela, il faut trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence.(28) On peut se demander à cet égard si une réglementation appropriée ne devrait pas également tenir compte du degré de gravité du handicap et des chances pour le travailleur concerné de retrouver un emploi. Plus le handicap sera sévère et plus la recherche d'un nouvel emploi sera difficile, plus la durée du délai de préavis sera importante pour le travailleur. Il appartient à la juridiction de renvoi d'en décider concrètement.

76. Pour conclure sur cette première partie de la quatrième question, il convient donc de constater que la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale prévoyant que l'employeur peut licencier avec un préavis réduit un travailleur en cas d'absences pour maladie, lorsque la maladie est liée au handicap. Il en va différemment si ce désavantage, conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous b), i) de la directive, peut être objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

2. Deuxième partie de la quatrième question

77. Par la deuxième partie de sa quatrième question, la juridiction de renvoi souhaite savoir, pour finir, si la directive 2000/78 s'oppose à la réduction du délai de préavis lorsque les absences du travailleur sont imputables au fait que l'employeur n'a pas pris les mesures visées à l'article 5 de la directive pour qu'une personne handicapée puisse exercer son emploi.

78. Pour déterminer quels aménagements sont raisonnables au sens de l'article 5 de la directive, on procède déjà à un examen de la proportionnalité. Dans ce cadre et moyennant la mise en balance des intérêts du travailleur handicapé et de son employeur, on répond à la question de savoir si l'on peut raisonnablement attendre de l'employeur qu'il prenne les mesures requises. Si l'employeur ne procède pas à ces aménagements que l'on peut attendre de lui, il ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 de la directive et ne saurait en tirer aucun avantage juridique. L'obligation qui découle de l'article 5 de la directive serait vide de sens si le fait de ne pas

prendre des mesures proportionnées pouvait justifier le désavantage qui en découle pour la personne handicapée. Il résulte du sens et de la finalité de cette disposition que les absences du travailleur qui sont liées à ce défaut de mesures ne sauraient justifier une réduction du délai de préavis de licenciement.

79. Il s'ensuit que si l'application du délai de préavis réduit est fondée sur des absences du travailleur qui s'expliquent par le fait que l'employeur n'a pas procédé aux aménagements raisonnables requis à l'article 5 de la directive 2000/78, un tel désavantage ne peut être justifié.

VI – Conclusion

80. À la lumière de ces considérations, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

1a) La notion de handicap au sens de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail vise une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle.

1b) Peu importe, aux fins de la définition du handicap, que l'atteinte ait pour origine une maladie; la seule question décisive est de savoir s'il est probable que cette limitation soit de longue durée.

1c) Une incapacité de longue durée ne nécessitant pas l'utilisation d'équipements spéciaux et qui se traduit pour l'essentiel par le fait que la personne qui en est atteinte n'est pas en mesure de travailler à plein temps, relève également de la notion d'handicap au sens de la directive 2000/78.

2. La réduction du temps de travail peut constituer l'une des mesures visées par l'article 5 de la directive 2000/78. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier concrètement si une telle mesure impose à l'employeur une charge disproportionnée.

3. La directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale prévoyant que l'employeur peut licencier avec un préavis réduit un travailleur en cas d'absences pour maladie, lorsque la maladie est liée au handicap. Il en va différemment si ce désavantage, conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous b), i) de la directive, peut être objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Cependant, si l'application du délai de préavis réduit est fondée sur des absences du travailleur qui s'expliquent par le fait que l'employeur n'a pas procédé aux aménagements raisonnables requis par l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2000/78, un tel désavantage ne peut être justifié.

1 – Langue originale: l'allemand.

- 2– Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303, p. 16, ci-après la «directive 2000/78».
- 3– Arrêt du 11 juillet 2006, Chacón Navas, (C-13/05, Rec. p. I-6467).
- 4 – Convention ratifiée par l'Union européenne le 23 décembre 2010, ci-après la «convention de l'ONU»; voir la décision 2010/48/CE du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, JO 2010, L 23, p. 35.
- 5 – Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (loi relative au principe de non-discrimination sur le marché du travail).
- 6 – Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer Funktionærlov (loi relative aux employés, ci-après la «FL»).
- 7 – Syndicat des employés de commerce et employés de bureau du Danemark.
- 8 – Ce régime de travail flexible est un dispositif danois de subventions salariales versées par l'État pour l'emploi de personnes atteintes d'une incapacité durable.
- 9– Arrêt Chacón Navas (précité, note 3, point 43).
- 10– Ibidem, point 45.
- 11 – Voir également dans le même sens les conclusions de l'avocat général Geelhoed sur l'affaire Chacón Navas (précitée, note 3, point 66).
- 12– Voir, en ce sens, arrêts du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, Rec. p. I-3989, point 52), du 12 janvier 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht (C-311/04, Rec. p. I-609, point 25), du 3 juin 2008, Intertanko e. a. (C-308/06, Rec. p. I-4057, point 42), et du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, point 307, et du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America e. a. (C-366/10, non encore publié au Recueil, point 50).
- 13– Arrêts Commission/Allemagne (précité note 12, point 52), du 14 juillet 1998, Bettati (C-341/95, Rec. p. I-4355, point 20), du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica (C-76/00 P, Rec. p. I-79, point 57), et du 14 mai 2009, Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely (C-161/08, Rec. p. I-4075, point 38).
- 14– Arrêt Chacón Navas (précité, note 3, point 46).

15– Ibidem, point 57.

16– Arrêt du 17 juillet 2008, Coleman (C-303/06, Rec. p. I-5603, point 46).

17 – US Supreme Court, Bragdon v. Abbott, 524 US 624 [1998], une situation de “physical . . . impairment that substantially limits one or more of [an individual’s] major life activities” relève du handicap au sens de l’article 12102, paragraphe 1 (A) de l’ADA 1990.

18 – La Cour européenne des droits de l’homme a également considéré comme un handicap, aux fins de l’interdiction des discriminations, la pathologie du diabetes mellitus de type I, affection qualifiée de mineure par les autorités nationales, CEDH, arrêt du 30 avril 2009 (Glor/Suisse, n° 13444/04) concernant l’article 14 de la CEDH, dans lequel le diabète a été considéré comme un handicap.

19– Arrêt Chacón Navas (précité, note 3, point 45).

20 – Dans la version anglaise: «long-term [...] impairments» dans la version française: «incapacités [...] durables».

21– Directive 97/81/CEE du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant l’accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l’UNICE, le CEEP et la CES, JO L 14, p. 9.

22 – Voir les huitième, neuvième, onzième et seizième considérants de la directive 2000/78.

23– Arrêt Chacón Navas (précité, note 3, point 51).

24– Voir déjà dans le même sens nos conclusions du 6 mai 2010, Andersen (C-499/08, Rec. p. I-9343, point 42).

25 – Arrêts du 12 juillet 2001, Jippes e. a. (C-189/01, Rec. p. I-5689, point 81), du 7 juillet 2009, S.P.C.M. e. a. (C-558/07, Rec. p. I-5783, point 41), et du 8 juillet 2010, Afton Chemical (C-343/09, Rec. p. I-7023, point 45 et la jurisprudence citée).

26 – Voir, dans le domaine de la discrimination en raison de l’âge, arrêts du 16 octobre 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Rec. p. I-8531, point 68), et du 12 octobre 2010, Rosenbladt (C-45/09, Rec. p. I-9391, point 41).

27 – Voir sur ce point arrêts Palacios de la Villa (précité, note 26, point 72) et du 12 janvier 2010, Petersen (C-341/08, Rec. p. I-47, point 70).

28 – Voir sur ce points nos conclusions dans l’affaire Andersen (précitée, note 24, point 68) et nos conclusions du 2 octobre 2012 dans l’affaire Commission/Hongrie (C-286/12, non encore publiées au Recueil, point 78).