



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 19 oktober 2017¹

Zaak C-270/16

Carlos Enrique Ruiz Conejero
tegen
Ferroser Servicios Auxiliares SA
en
Ministerio Fiscal

[verzoek van de Juzgado de lo Social n.º 1 Cuenca (arbeidsrechter in eerste aanleg Cuenca, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Gelijke behandeling in arbeid en beroep – Verbod van discriminatie op grond van handicap – Nationale wetgeving op grond waarvan een werknemer onder bepaalde voorwaarden mag worden ontslagen wegens herhaalde, ook gerechtvaardigde, afwezigheid – Gerechtvaardigde afwezigheid gerelateerd aan handicap van de werknemer”

1. In de onderhavige prejudiciële verwijzing wordt het Hof verzocht in te gaan op de toepassing van het in richtlijn 2000/78/EG van de Raad² neergelegde verbod van discriminatie op grond van een handicap op nationale wetgeving op grond waarvan een werkgever een arbeidsovereenkomst na een periode of meerdere perioden waarin de werknemer afwezig was van zijn werk mag beëindigen zonder verwijzing naar het feit dat de betrokken werknemer wellicht een handicap heeft.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 2000/78

2. In de overwegingen van richtlijn 2000/78 staat onder meer het volgende:

- „(16) Maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van personen met een handicap vervullen bij de bestrijding van discriminatie op grond van een handicap een belangrijke rol.
- (17) Deze richtlijn eist niet dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien.

[...]

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

² Richtlijn van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

- (20) Er moeten passende, dat wil zeggen doeltreffende en praktische maatregelen worden getroffen die gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling, of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen.
- (21) Wanneer wordt nagegaan of de betrokken maatregelen geen onevenredige belasting veroorzaken, moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de financiële en andere kosten, alsmede met de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming, en met de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te verkrijgen.

[...]

3. Artikel 1 van richtlijn 2000/78, met het opschrift „Doel”, luidt:

„Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.”

4. Artikel 2 van richtlijn 2000/78 heeft als opschrift „Het begrip discriminatie”. Het bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) ‚directe discriminatie’, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;
- b) ‚indirecte discriminatie’, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,
- i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, of
- ii) tenzij de werkgever dan wel iedere andere persoon of organisatie waarop de onderhavige richtlijn van toepassing is, voor personen met een bepaalde handicap krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen, teneinde de nadelen die die bepaling, maatstaf of handelwijze met zich brengt, op te heffen.

[...]

5. Artikel 3 van richtlijn 2000/78, met het opschrift „Werkings sfeer”, bepaalt:

„1. Binnen de grenzen van de aan de [Europese Unie] verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

- a) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;

[...]

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[...]”

6. Artikel 5 van richtlijn 2000/78 heeft als opschrift „Redelijke aanpassingen voor gehandicapten” en luidt:

„Teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.”

Nationaal recht

7. Artikel 52, onder d), van Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (koninklijk wetsbesluit 1/1995 van 24 maart tot goedkeuring van de herziene tekst van de wet houdende het werknemersstatuut)³ (hierna: „werknemersstatuut”) bepaalt:

„Beëindiging van een arbeidsovereenkomst op objectieve gronden.

De overeenkomst kan worden beëindigd:

[...]

d) wegens niet aaneengesloten verzuim, ook indien dit gerechtvaardigd is, dat in twee opeenvolgende maanden oploopt tot 20 % van de werkdagen, voor zover het totale aantal verzuimdagen in de twaalf voorafgaande maanden 5 % van de werkdagen bedraagt, of tot 25 % in vier niet-opeenvolgende maanden binnen een tijdvak van twaalf maanden.

Als verzuimdagen in de zin van de voorgaande alinea worden niet beschouwd afwezigheidsdagen als gevolg van en gedurende een rechtmatige staking, werkzaamheden in het kader van de wettelijke vertegenwoordiging van werknemers, een arbeidsongeval, moederschap, risicozwangerschap en risico's tijdens de borstvoedingsperiode, ziekten als gevolg van zwangerschap, bevalling of borstvoeding, vaderschap, verlof en vakanties, niet-beroepsgerelateerde ziekten of ongevallen wanneer de officiële gezondheidsdiensten toestemming hebben gegeven voor de afwezigheid en deze meer dan twintig opeenvolgende dagen bedraagt, en evenmin afwezigheid wegens lichamelijke of psychologische problemen als gevolg van huiselijk geweld, hetgeen moet zijn aangetoond door de gezondheidsdiensten of de diensten voor maatschappelijk werk.

Afwezigheidsdagen als gevolg van een medische behandeling wegens kanker of een andere ernstige ziekte worden evenmin in aanmerking genomen.”

³ Ik meen te begrijpen dat het betrokken wetsbesluit is vervangen door Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (wetsbesluit 2/2015 van 23 oktober tot goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de wet houdende het werknemersstatuut), dat zonder inhoudelijke wijzigingen de bepalingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn heeft overgenomen.

8. Artikel 4, lid 2, onder c), van het werknemersstatuut luidt:

„In de [arbeids]verhouding hebben de werknemers het recht:

[...]

c) om op Spaans grondgebied bij de sollicitatie of na de indiensttreding niet rechtstreeks of indirect te worden gediscrimineerd op grond van geslacht, burgerlijke staat, leeftijd binnen de in deze wet gestelde grenzen, ras of etnische afstamming, maatschappelijke positie, godsdienst of overtuiging, politieke overtuiging, seksuele geaardheid, lidmaatschap van een vakbond, of taal.

Evenmin mogen zij worden gediscrimineerd wegens een handicap, mits zij in staat zijn om de desbetreffende taken te verrichten.”

9. Artikel 2, onder d), van Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (koninklijk wetsbesluit 1/2013 van 29 november tot goedkeuring van de herziene tekst van de algemene wet inzake de rechten van personen met een handicap en hun sociale inclusie; hierna: „algemene gehandicaptenwet”) luidt:

„Definities

Voor de doeleinden van deze wet wordt verstaan onder:

Indirecte discriminatie: hiervan is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, clause in een collectieve of individuele arbeidsovereenkomst, individuele overeenkomst, eenzijdige beslissing, maatstaf, handelwijze, omgeving, product of dienst een persoon op grond of naar aanleiding van een handicap in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, voor zover zij niet objectief door een legitiem doel te rechtvaardigen zijn en de middelen voor het bereiken van dit doel niet passend en noodzakelijk zijn.”

10. Artikel 40, lid 2, van de algemene gehandicaptenwet luidt:

„Werkgevers nemen naargelang de behoefte in een concrete situatie passende maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek en verbetering van de toegankelijkheid van de werkplek, om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, zijn arbeid te verrichten, daarin vooruit te komen en om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen.

Om te bepalen of de belasting onevenredig is, moet in aanmerking worden genomen of deze in voldoende mate wordt gecompenseerd door de voor gehandicapte personen geldende maatregelen, steun en subsidies, en wordt rekening gehouden met de financiële en overige kosten van die maatregelen, alsmede met de omvang en de totale omzet van de onderneming of organisatie.”

Feiten, procedure en de prejudiciële vraag

11. Carlos Enrique Ruiz Conejero was sinds 2 juli 1993 werkzaam als schoonmaker, op het hier relevante tijdstip bij Ferroser Servicios Auxiliares, SA, aan welk bedrijf de schoonmaakwerkzaamheden in het Virgen de la Luz Hospital, Cuenca (vallend onder de gezondheidsdienst van Castilië-La Mancha), waar hij werkte, waren uitbesteed. Voordien was hij in dienst bij de bedrijven waaraan de schoonmaakwerkzaamheden voor dat ziekenhuis eerder waren uitbesteed. Hij heeft nooit problemen gehad op zijn werk en er zijn hem nooit sancties opgelegd.

12. Ruiz Conejero werd erkend als persoon met een handicap bij besluit van 15 september 2014 van de afdeling Cuenca van de Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (regionaal ministerie van Gezondheid en Sociale Zaken van de regering van Castilië-La Mancha). Dat besluit vermeldde dat hij voor 37 % gehandicapt was, waarvan 32 % door lichamelijke beperkingen [24 % wegens een endocriene en stofwisselingsstoornis (zwaarlijvigheid) en 10 % wegens een functiebeperking van de wervelkolom] en 5 % wegens bijkomende sociale factoren.⁴

13. In 2014 en 2015 was hij wegens niet-beroepsgerelateerde ziekte in de volgende perioden afwezig:

- van 1 tot en met 17 maart 2014 wegens „acute pijn”, waarvoor hij in het ziekenhuis moest worden opgenomen (van 26 februari tot en met 1 maart 2014);
- van 26 tot en met 31 maart 2014 wegens „duizeligheid/misselijkheid”;
- van 26 juni tot en met 11 juli 2014 wegens „spit”;
- van 9 tot en met 12 maart 2015 wegens „spit”;
- van 24 maart tot en met 7 april 2015 wegens „spit”, en
- van 20 tot en met 23 april 2015 wegens „duizeligheid/misselijkheid”.

14. Volgens de diagnose van de Servicios Médicos de la Sanidad Pública (publieke medische dienst), waren zowel de „duizeligheid/misselijkheid” als het „spit” het gevolg van een degeneratieve gewrichtsaandoening en polyartrose, die werden verergerd door de zwaarlijvigheid van Ruiz Conejero. De dienst concludeerde dat de oorzaak van deze beperkingen lag in de aandoeningen die hadden geleid tot zijn handicap.

15. Ruiz Conejero heeft zijn werkgever steeds tijdig en naar behoren op de hoogte gesteld wanneer hij niet kon werken. Ook heeft hij altijd de dienovereenkomstige verklaringen van de arts overgelegd waaruit de reden en duur van zijn afwezigheid bleken. Hij heeft zijn werkgever vóór zijn ontslag echter nooit verteld dat hij gehandicapt was, en heeft vrijwillig afgezien van de periodieke medische onderzoeken die werden aangeboden en verricht door de onderlinge verzekeringsmaatschappij waarbij zijn werkgever was aangesloten. De verwijzingsbeslissing vermeldt dat daarom de werkgever ten tijde van het ontslag niet op de hoogte was van de handicap.

16. Bij brief aan Ruiz Conejero van 7 juli 2015, deed de werkgever hem aanzegging van zijn ontslag op objectieve gronden, overeenkomstig artikel 52, onder d), van het werknemersstatuut, omdat hij het in deze bepaling neergelegde maximumaantal toegestane arbeidsverzuimdagen had overschreden. Volgens de ontslagbrief was hij in maart en april 2015 meer dan 20 % van het aantal werkdagen en in de twaalf voorafgaande maanden meer dan 5 % van het aantal werkdagen afwezig geweest.

17. Ruiz Conejero bestreed zijn ontslag vervolgens bij de Juzgado de lo Social n.º 1 Cuenca (arbeidsrechter in eerste aanleg Cuenca, Spanje). In die procedure betwist hij het aantal verzuimdagen niet, en stelt hij evenmin de percentages ter discussie. Wel stelt hij dat dit verzuim uitsluitend het gevolg is geweest van de ziekte die de oorzaak is van zijn handicap, en geen andere oorzaak had, zodat zijn arbeidsverzuim en zijn status als gehandicapte direct aan elkaar waren gerelateerd. Hij vordert derhalve nietigverklaring van dit ontslag op grond van discriminatie.

⁴ De cijfers lijken te wijzen op een totaalpercentage van 39 % en niet van 37 %, wat zijn verklaring zou kunnen vinden in nadere nuances in de structuur van het nationale besluit. In elk geval zijn dit de percentages die in de verwijzingsbeslissing worden vermeld.

18. Tegen deze achtergrond heeft de verwijzende rechter besloten, de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof:

„Verzet richtlijn 2000/78 zich tegen toepassing van een nationale wettelijke bepaling op grond waarvan de werkgever een werknemer wegens objectieve redenen kan ontslaan op grond van niet aaneengesloten verzuim, ook indien het gerechtvaardigd is, dat in twee opeenvolgende maanden oploopt tot 20 % van de werkdagen voor zover het totale aantal verzuimdagen in de twaalf voorafgaande maanden 5 % van de werkdagen bedraagt, of tot 25 % in vier niet-opeenvolgende maanden binnen een tijdvak van twaalf maanden, ingeval de werknemer als gehandicapt in de zin van de richtlijn moet worden beschouwd en dit verzuim het gevolg is van zijn handicap?”

19. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Ruiz Conejero, Ferroser Servicios Auxiliares, de Spaanse regering en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 22 maart 2017 hebben al deze partijen pleidooi gehouden en antwoord gegeven op de vragen van het Hof.

Analyse

Opmerkingen vooraf

Zwaarlijvigheid als handicap voor de toepassing van richtlijn 2000/78

20. De verwijzingsbeslissing vermeldt dat Ruiz Conejero op nationaal niveau was erkend als gehandicapt, kennelijk in wezen op grond van zijn zwaarlijvigheid.

21. In zijn arrest in de zaak FOA⁵ werd het Hof voor de vraag gesteld of in het Unierecht met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van zwaarlijvigheid is neergelegd. Het Hof was van oordeel dat een dergelijk beginsel niet bestond⁶, maar onderzocht vervolgens wel of zwaarlijvigheid kon vallen onder het begrip „handicap” als bedoeld in richtlijn 2000/78.

22. Het antwoord hierop was bevestigend en het Hof formuleerde hiervoor een Unierechtelijke toets. Het oordeelde dat „de zwaarlijvigheid van de betrokken werknemer onder het begrip ‚handicap’ in de zin van [de richtlijn valt] indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is”. Dat zou met name het geval zijn als de zwaarlijvigheid van de werknemer hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze persoon ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit.⁷

23. Het is mogelijk dat een werknemer die volgens het nationale recht als gehandicapt wordt aangemerkt, ook voldoet aan de voorwaarden die het Unierecht dienaangaande formuleert, maar dit hoeft niet zo te zijn. Hoe dit ligt voor Ruiz Conejero staat ter beoordeling aan de verwijzende rechter, met toepassing van de zojuist uiteengezette criteria. Aangezien deze rechter zijn vraag evenwel formuleert op basis van de vooronderstelling dat dit inderdaad het geval is, neem ik die vooronderstelling als uitgangspunt voor mijn verdere bespreking.

⁵ Arrest van 18 december 2014, C-354/13, EU:C:2014:2463 (ook bekend als het arrest Kaltoft).

⁶ Zie punten 31 en 40 van het arrest.

⁷ Zie punten 59 en 60 van het arrest.

Draagwijdte van de vraag van de verwijzende rechter

24. Hoewel in de prejudiciële vraag alleen de formulering van artikel 52, onder d), van het werknemersstatuut doorklinkt, licht de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing ook toe dat Ruiz Conejero zijn werkgever geen opening van zaken had gegeven over zijn medische situatie, hetgeen deze rechter (althans impliciet) lijkt te beschouwen als beletsel voor de toepassing van artikel 2, lid 2, onder b), ii), en artikel 5 van richtlijn 2000/78. Zoals ik nog zal uiteenzetten⁸, ligt een en ander mijns inziens minder simpel dan de verwijzende rechter wellicht meent. Om die rechter toch een nuttig antwoord te verschaffen zal ik in mijn onderstaande analyse een bespreking van die bepalingen opnemen.

Directe of indirecte discriminatie?

25. Uit de gecombineerde toepassing van artikel 2, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/78 volgt dat directe discriminatie op grond van een handicap in vrijwel alle gevallen verboden is.⁹

26. Volgens artikel 2, lid 2, onder a), van de richtlijn is er directe discriminatie „wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld” op grond van, onder andere, zijn handicap.

27. De nationale bepaling die de verwijzende rechter aanwijst in zijn vraag, te weten artikel 52, onder d), van het werknemersstatuut, is gelijkelijk van toepassing op alle werknemers. Personen met een handicap worden niet ongunstiger behandeld dan personen zonder handicap, zodat er geen directe discriminatie is in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78.

28. Onderzocht moet dus worden of de toepassing van die bepaling indirecte discriminatie oplevert als bedoeld in artikel 2, lid 2, onder b). Daarin wordt verwezen naar een „ogenschijnlijk neutrale” bepaling, maatstaf of handelwijze, die personen met een bepaalde handicap in vergelijking met andere personen evenwel bijzonder benadeelt.

29. Zoals het Hof opmerkte in het arrest HK Danmark¹⁰, loopt een werknemer met een handicap mogelijk een groter risico op toepassing van een verkorte opzegtermijn dan een werknemer zonder handicap, aangezien hij het bijkomende risico loopt, een met de handicap verbonden ziekte op te lopen, en daardoor is blootgesteld aan een verhoogd risico van verzuim wegens ziekte.¹¹ Hieruit volgt dat de onderhavige bepaling kennelijk indirect discriminerend is.

30. Derhalve is de volgende stap in de analyse of en, zo ja, in welke mate, de in artikel 2, lid 2, onder b), i) en ii), van richtlijn 2000/78 omschreven uitzonderingen van toepassing zijn.

31. De eerste vraag die in dit verband rijst, is die naar de onderlinge verhouding tussen de beide uitzonderingen. De laatste geldt alleen voor situaties waarin sprake is van een handicap, en wordt voorafgegaan door het woord „of”. Kan hieruit worden afgeleid dat de twee bepalingen elkaar in een of ander opzicht wederzijds uitsluiten, en zelfs dat alleen de tweede bepaling op gehandicapte personen van toepassing is?

32. Ik meen van niet.

⁸ Zie punten 36 e.v. hieronder.

⁹ Artikel 2, lid 5, en de artikelen 4 en 6 voorzien in bepaalde, zeer beperkte uitzonderingen, die hier niet van belang zijn.

¹⁰ Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222 (ook bekend als het arrest Ring en Werge).

¹¹ Zie in die zin punt 76 van het arrest.

33. Zoals de Spaanse regering, mijns inziens terecht, ter terechtzitting opmerkte, moeten de beide punten in samenhang worden gelezen, aangezien het tweede kan worden opgevat als verduidelijking van het evenredigheidsvereiste van het eerste. Bovendien kan niet gesteld worden dat artikel 2, lid 2, onder b), ii), met uitsluiting van artikel 2, lid 2, onder b), i), van toepassing is op gehandicapten omdat, zoals ik hieronder zal uitleggen¹², het eerste punt weliswaar voor de meeste personen met een handicap kan gelden, maar niet voor allemaal.

Artikel 2, lid 2, onder b), ii), en artikel 5 van richtlijn 2000/78 – Passende maatregelen en redelijke aanpassingen

34. Ik zal eerst artikel 2, lid 2, onder b), ii), bespreken, dat op zijn beurt moet worden gelezen in samenhang met artikel 5. Er is geen indirecte discriminatie wanneer de werkgever ten aanzien van „personen met een bepaalde handicap” krachtens de nationale wetgeving verplicht is¹³ passende maatregelen te nemen om nadelen die de bepaling, maatstaf of handelwijze die anders indirecte discriminatie zou vormen, met zich brengt, op te heffen. Teneinde te voldoen aan de eis om passende maatregelen te nemen, moet de werkgever voorzien in „redelijke aanpassingen”. Dat verplicht de werkgever om naargelang de behoefte, in een concrete situatie, maatregelen te nemen die een persoon met een handicap in staat stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten. Overweging 20 van de richtlijn biedt nadere richtsnoeren.¹⁴ Het Hof heeft geoordeeld dat aan de term „redelijke aanpassingen” een ruime uitlegging moet worden gegeven, gezien onder meer artikel 2 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap.¹⁵

35. Dit alles is echter onderworpen aan het belangrijke voorbehoud van artikel 5 van richtlijn 2000/78, dat de getroffen maatregelen voor de werkgever geen „onevenredige belasting” (in de woorden van de wetgever) mogen vormen. Dienaangaande biedt de considerans van de richtlijn enige verduidelijking in overweging 21, volgens welke in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de kosten van de aanpassingen, de aard van de onderneming en de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te verkrijgen. Met andere woorden, er moet een afweging worden verricht.

36. De richtlijn bevat geen enkele verplichting voor werknemers of aanstaande werknemers met een handicap om deze te melden. Mijns inziens is het duidelijk dat van een werkgever die buiten zijn schuld volstrekt onkundig is van de handicap van zijn werknemer – niets wijst erop dat de werknemer gehandicapt is, en de werknemer heeft hem daarvan niet op de hoogte gesteld – niet verwacht kan worden dat hij stappen neemt om te voorzien in „redelijke aanpassingen”. Onder welke omstandigheden is de verplichting van artikel 5 dan van toepassing?

37. Het is duidelijk dat die verplichting ingaat zodra de werknemer zijn werkgever heeft verteld over zijn handicap alsmede over de omvang daarvan en alle daarvoor relevante omstandigheden. Wanneer dit voor de werkgever geen onevenredige belasting vormt, kan hij dan actieve stappen ondernemen om de werknemer bij te staan en te voorzien in redelijke aanpassingen. Dankzij die maatregelen zal de werknemer zijn geassimileerd in het personeelsbestand.

¹² Zie punt 50 hieronder.

¹³ Niet in geschil lijkt te zijn dat de relevante wetgeving waarbij artikel 5 in Spanje in nationaal recht werd omgezet, artikel 40, lid 2, van de algemene wet is. Zie punt 10 hierboven.

¹⁴ Zie punt 2 hierboven. Het Hof heeft geoordeeld dat de in die overweging gegeven opsomming (die wordt voorafgegaan door de term „bijvoorbeeld”) niet uitputtend is. Zie arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 56.

¹⁵ Goedgekeurd namens de Europese Gemeenschap bij besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009 (PB 2010, L 23, blz. 35). Zie arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 53.

38. Maar hoe staan de zaken ervoor wanneer de werknemer, zoals hier, geen openheid geeft over zijn handicap? In sommige gevallen zal de werkgever in redelijkheid kunnen begrijpen dat de betrokkene gehandicapt is. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is, dat die persoon door amputatie een of meer ledematen mist. Deze situatie kan de werkgever niet zijn ontgaan, en aangenomen mag worden dat hij weet of redelijkerwijs moet beseffen dat de werknemer gehandicapt is. Er zijn geen gronden om die werknemer van de toepassing van artikel 5 uit te sluiten. De vraag of de werkgever zich in redelijkheid van de handicap bewust moet zijn, zal per geval verschillend beantwoord moeten worden. Aangezien er een breed scala van uiteenlopende handicaps bestaat, is hier geen pasklaar antwoord mogelijk.

39. Zelfs wanneer de handicap duidelijk zichtbaar is, betekent dat nog niet dat de werkgever in alle gevallen beseft welke passende maatregelen vereist zijn om te voorzien in redelijke aanpassingen voor de werknemer (of wat de volledige omvang van die maatregelen moet zijn). De werkgever kan de werknemer verzoeken om nadere gegevens te verstrekken, zodat er waar nodig ondersteuning en bijstand kan worden geboden. Wanneer de werknemer die gegevens weigert te verstrekken of daaraan niet meewerkt, kan hij daartoe niet gedwongen worden. Wellicht doet hij hieraan liever niet mee omdat hij dit ervaart als een inbreuk op zijn persoonlijke waardigheid of onafhankelijkheid. In een dergelijk geval kan de werkgever niet meer doen dan de voor de hand liggende maatregelen te treffen.¹⁶ Het resultaat daarvan kan zijn dat de werknemer in dezelfde positie is gebracht als de overige arbeidskrachten, maar misschien ook niet. Méér kan van de werkgever echter niet worden gevergd.

40. Een complicerende factor is ook dat veel handicaps naar hun aard niet statisch zijn. Zo kan een werknemer zijn loopbaan bij een bepaalde werkgever aanvagen met een handicap die zijn vermogen om te werken slechts minimaal aantast. Zijn conditie kan later evenwel verslechteren, zodat die aantasting ernstiger wordt. In die context zijn mijns inziens soortgelijke beginselen van toepassing als hierboven beschreven. Indien en voor zover de werknemer de werkgever op de hoogte houdt van bijzonderheden in zijn situatie, moet de laatste zich afvragen of er nieuwe maatregelen noodzakelijk zijn om in redelijke aanpassingen te voorzien. Doet de werknemer dit niet, dan is de werkgever verplicht om de maatregelen te treffen die kennelijk noodzakelijk zijn, maar verder dan dat hoeft hij niet te gaan.¹⁷

41. In het algemeen is de in artikel 5 neergelegde verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien, een belangrijke en waardevolle maatregel. Door de werkgever een reeks positieve stappen voor te schrijven, stelt het gehandicapte werknemers in staat om op een wijze die voor velen van hen anders niet open zou staan, deel te nemen aan de arbeidsmarkt en hun leven aanzienlijk te verrijken. Bovendien heeft de richtlijn een ruime werkingssfeer. Volgens artikel 3, lid 1, onder a) en c), is zij van toepassing op alle fasen van de arbeidsverhouding en op de daaraan voorafgaande aanwervingsfase. Naar mijn mening volgt hieruit dat wanneer de werkgever weet, of redelijkerwijs zou moeten beseffen, dat een persoon die hij overweegt aan te stellen of die al voor hem werkt, lijdt of misschien lijdt aan een handicap, die verplichting de eerste stap vormt in het proces dat leidt tot vermijding van discriminerende behandeling. Achterwege blijven van de aanstelling of, al naargelang de situatie, ontslag ten gevolge van het verzuim om aan een dergelijke verplichting te voldoen, zal verboden discriminatie in de zin van richtlijn 2000/78 opleveren.

42. Ik moet evenwel beklemtonen dat artikel 5 geen open bepaling is. Ik heb al aangegeven dat de verplichting die het oplegt niet geldt wanneer deze tot een onevenredige belasting van de werkgever zou leiden.¹⁸ Voorts is van belang dat deze bepaling beoogt gehandicapte deelnemers aan de arbeidsmarkt op gelijke voet met hun gezonde collega's te plaatsen, en niet om hun meer rechten te

¹⁶ Dat zou met name het geval zijn wanneer de werknemer zelf de door de werkgever aangeboden periodieke medische onderzoeken weigert. Zie punt 15 hierboven.

¹⁷ Ik zal hieronder, in de punten 43 en 44, nader ingaan op de situatie die ontstaat wanneer de handicap zo ver is voortgeschreden dat er geen redelijke aanpassingen meer mogelijk zijn of waarin deze wel mogelijk zijn maar dit een onevenredige belasting voor de werkgever zou vormen.

¹⁸ Zie punt 35 hierboven.

verlenen. Zo vermeldt overweging 17 van richtlijn 2000/78 onder meer dat de richtlijn niet van een werkgever eist iemand in dienst te houden die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren. In dat opzicht verkeert een gehandicapte werknemer in precies dezelfde positie als een niet gehandicapte.¹⁹

43. Gecomplieerder is de situatie die zich kan voordoen wanneer voor een handicap in de beginfase kon worden volstaan met redelijke aanpassingen als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn, maar vervolgens aanpassingen vereist zijn die hetzij niet haalbaar zijn of alleen mogelijk zijn met een onredelijke belasting voor de werkgever. Mag de werkgever in die situatie tot ontslag overgaan?

44. Mijns inziens kan een ontslag dat louter op de handicap van de werknemer berust, niet gerechtvaardigd zijn. Het zou neerkomen op directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van de richtlijn. Is het ontslag echter gebaseerd op een van de in overweging 20 genoemde factoren, of op een andere factor die geen discriminatie oplevert, dan zou het naar mijn mening niet tegen de richtlijn indruisen.

45. Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat het eerste onderdeel van het antwoord op de vraag van de verwijzende rechter dient te luiden, dat bij onderzoek naar de toepassing van richtlijn 2000/78 op het ontslag van een werknemer in omstandigheden die indirecte discriminatie in de zin van de richtlijn kunnen opleveren, eerst de toepassing van artikel 2, lid 2, onder b), ii), en van artikel 5 van de richtlijn moet worden onderzocht. Wanneer een werknemer een handicap heeft en zijn werkgever daarvan op de hoogte is of redelijkerwijs zou moeten zijn, rust op de werkgever de plicht om passende maatregelen te nemen teneinde te voorzien in redelijke aanpassingen als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn, tenzij dit voor hem een onevenredige belasting zou vormen. Verzaken van die plicht heeft tot gevolg dat het ontslag van de werknemer in strijd is met de voorschriften van de richtlijn.

Artikel 2, lid 2, onder b), i), van richtlijn 2000/78

46. Ik heb reeds aangegeven dat de bescherming die artikel 2, lid 2, onder b), ii), gelezen in het licht van artikel 5, verleent aan personen met een handicap, zowel belangrijk als waardevol kan zijn. Al even duidelijk is, dat de omvang van die bescherming wellicht beperkt is.²⁰

47. Betekent het feit dat die bepalingen in het bijzonder naar gehandicapten verwijzen, dat de juiste uitlegging ervan is dat ze, indien van toepassing, uitputtend zijn? Met andere woorden, is het ontslag van een werknemer met een handicap geldig zolang een werkgever artikel 2, lid 2, onder b), ii), en artikel 5, onder het hierboven in punt 44 genoemde voorbehoud, in acht neemt, en hoeft de werkgever dan geen rekening te houden met artikel 2, lid 2, onder b), i)?

48. Dit vind ik een al te simpele benadering.

49. Naar mijn mening vormen artikel 2, lid 2, onder b), ii), en artikel 5 van richtlijn 2000/78 slechts een specifieke uitdrukking van een bepaald aspect van indirecte discriminatie op grond van een handicap – zowel voor de positieve verplichtingen die ze opleggen als voor de beperkingen daarop. Een werkgever kan in de geëigende omstandigheden en binnen de grenzen van de evenredigheid verplicht zijn actieve stappen te nemen ter behartiging van de belangen van personen die anders gediscrimineerd zouden kunnen worden. Ik heb dit – zij het in vogelvlucht – aangeroerd in mijn

¹⁹ Zie dienaangaande arrest van 11 juli 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, punt 51, waar het Hof oordeelde: „Het in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 vastgestelde verbod van discriminatie op grond van handicap op het gebied van ontslag verzet zich tegen een ontslag wegens een handicap dat, rekening houdend met de verplichting om in redelijke aanpassingen voor gehandicapten te voorzien, niet gerechtvaardigd wordt door het feit dat de betrokken persoon niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te voeren.”

²⁰ Zie punten 41 en 42 hierboven.

conclusie in de zaak Bougnaoui²¹, punt 125, bij de bespreking van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op de vraag of er in die zaak sprake was van indirecte discriminatie. Ik merkte daar op: „Wat evenredig is, kan verschillen naargelang van de omvang van het betrokken bedrijf. Hoe groter het bedrijf, hoe waarschijnlijker het is dat het de middelen zal hebben om flexibel te zijn bij de indeling van werknemers op de van hen gevraagde taken. Zo kan van een werkgever in een groot bedrijf meer worden verwacht qua redelijke tegemoetkomingen aan zijn personeel dan van een klein of een middelgroot bedrijf.”

50. Laten we echter aannemen dat artikel 2, lid 2, onder b), ii), in een bepaald geval niet toepasselijk is. De formulering ervan maakt duidelijk dat het zich niet uitstrekt tot alle gehandicapten maar alleen tot „personen met een bepaalde handicap”. De beperkte categorie van personen die in aanmerking komen voor de maatregelen waarbij wordt voorzien in de in artikel 5 bedoelde redelijke aanpassingen, bestaat dus uit a) gehandicapten ten behoeve van wie daadwerkelijk in redelijke aanpassingen kan worden voorzien (aanpassingen zijn niet voor elke soort van handicap mogelijk), en b) personen ten behoeve van wie kan worden voorzien in aanpassingen zonder dat dit een onevenredige belasting vormt voor de werkgever. Ik zie niet in waarom de gehandicapten die niet binnen die categorie vallen, ook buiten de werkingssfeer van artikel 2, lid 2, onder b), i), zouden moeten worden gehouden, noch waarom punt i) niet ook zou moeten gelden voor wél binnen die categorie vallende personen.

51. Een dergelijke restrictieve benadering zou ook indruisen tegen vaste rechtspraak. In het arrest HK Danmark²² besprak het Hof afzonderlijk de toepassing van artikel 5²³ en van artikel 2, lid 2, onder b), i)²⁴, van richtlijn 2000/78, met betrekking tot een werknemer die overeenkomstig de nationale wetgeving was onderworpen aan een (beweerdelijk discriminerende) opzegtermijn. Het Hof heeft nergens gezegd dat die bepalingen elkaars toepassing uitsluiten. Het oordeelde daarentegen dat ontslag overeenkomstig de litigieuze nationale wetsbepaling – die het later *eventueel* in overeenstemming met artikel 2, lid 2, onder b), i), van de richtlijn achtte mits aan bepaalde voorwaarden werd voldaan – *niet* geldig was wanneer de werkgever verzuimd had passende maatregelen te nemen om overeenkomstig artikel 5 in redelijke aanpassingen te voorzien.²⁵

52. Hoewel die zaak overeenkomst vertoont met de onderhavige voor zover beide betrekking hebben op de geldigheid (of ongeldigheid) van een nationale wetsbepaling inzake ontslagtermijnen in de context van richtlijn 2000/78, noemt de verwijzende rechter in het onderhavige prejudiciële verzoek de uitlegging die het Hof heeft gegeven in het arrest HK Danmark²⁶ als „[d]e redenen waarom deze rechter twijfels koestert over de uitlegging of de geldigheid van richtlijn 2000/78”.

53. Het is derhalve de moeite waard om dat arrest iets nader te bespreken.

54. De procedure in het hoofdgeding dat aanleiding gaf tot die zaak betrof twee werknemers die waren ontslagen om redenen die beweerdelijk discriminatie op grond van een handicap vormden.²⁷ De bepaling van nationaal recht²⁸ waarop de ontslagen waren gebaseerd voorzag dat een werknemer kon worden ontslagen met een opzegtermijn van één maand wanneer hij in een ononderbroken periode van twaalf maanden in totaal 120 dagen loon tijdens ziekte had ontvangen. Het ging hier om een verkorte termijn, want volgens de algemene regel van de nationale wetgeving in kwestie bedroeg de opzegtermijn drie tot zes maanden. De bepaling in kwestie gold op gelijke wijze voor gehandicapten en

21 Conclusie in de zaak Bougnaoui en ADDH, C-188/15, EU:C:2016:553.

22 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

23 Zie punten 48-64 van het arrest.

24 Zie punten 69-92 van het arrest.

25 Zie punt 68 en punt 3 van het dictum van het arrest.

26 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

27 Het arrest bevat enige discussie over de vraag of de ziekten waaraan de betrokken werknemers leden wel als handicap in de zin van richtlijn 2000/78 konden worden aangemerkt. Die discussie is echter niet van belang voor dit onderdeel van mijn analyse.

28 Die regeling was kennelijk facultatief en was van toepassing wanneer dit schriftelijk was overeengekomen „in de individuele arbeidsovereenkomst”. Zie punt 13 van het arrest.

niet-gehandicapten. De Deense regering betoogde dat de bepaling beoogde werkgevers ertoe aan te zetten werknemers met een bijzonder risico van herhaalde afwezigheid wegens ziekte aan te werven en in dienst te houden door hun de mogelijkheid te bieden deze werknemers later met een verkorte opzegtermijn te ontslaan indien zij zeer lang afwezig waren. Daar stond tegenover dat die werknemers tijdens hun ziekte hun baan konden behouden. Deze regeling behartigde dus de belangen van zowel de werkgevers als de werknemers.²⁹

55. Het Hof oordeelde (voor zover voor de onderhavige procedure van belang) als volgt:

- het wees op de regel die het had geformuleerd in het arrest Chacón Navas³⁰, dat een nadelige behandeling op grond van handicap slechts afbreuk doet aan de door richtlijn 2000/78 verleende bescherming voor zover zij discriminatie oplevert in de zin van artikel 2, lid 1, van deze richtlijn. Bijgevolg rees de vraag of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling tot discriminatie van personen met een handicap kon leiden (punt 71);
- het herinnerde eraan i) dat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken, niet alleen bij de keuze van een doelstelling van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid die zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt (punt 81), en ii) dat de bevordering van de werkgelegenheid onbetwistbaar een legitieme doelstelling van sociaal beleid of werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten vormt en dat deze beoordeling onmiskenbaar ook moet gelden voor de instrumenten van nationaal werkgelegenheidsbeleid ter verbetering van de kansen op integratie in het beroepsleven van bepaalde categorieën werknemers. Evenzo kan een maatregel ter begunstiging van een flexibeler arbeidsmarkt als maatregel van het werkgelegenheidsbeleid worden beschouwd (punt 82);
- hieruit volgde dat doelstellingen als die opgegeven door de Deense regering in beginsel konden worden geacht binnen het kader van het nationale recht, overeenkomstig artikel 2, lid 2, onder b), i), van richtlijn 2000/78, een verschil in behandeling op grond van handicap zoals dat voortvloeiend uit de litigieuze nationale wetsbepaling te rechtvaardigen (punt 83).

56. Na aldus te hebben vastgesteld dat de bewuste bepaling doelstellingen nastreefde die in beginsel gerechtvaardigd konden worden geacht in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), i), onderzocht het Hof of de voor het bereiken van die doelstellingen aangewende middelen evenredig waren. Het wees wederom op de ruime beoordelingsmarge die de lidstaten op dat gebied was gegeven en merkte op dat hun zienswijze dat met een maatregel zoals de nationale regel in kwestie, voormelde doelstellingen konden worden bereikt, niet onredelijk leek (punt 87).

57. Het verklaarde vervolgens:

- doordat op grond van die regeling werknemers die wegens ziekte afwezig waren gedurende een periode die in dat geval meer dan 120 dagen bedroeg, met een verkorte opzegtermijn konden worden ontslagen, vormde zij voor de werkgevers een stimulans om personen aan te werven en in dienst te houden (punt 88);
- om te onderzoeken of een dergelijke regel verder ging dan noodzakelijk was om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, moest deze bepaling in haar context worden gezien en moest het nadeel dat zij de betrokken personen kon berokkenen in aanmerking worden genomen (punt 89);

²⁹ Zie punten 26, 72, 78 en 79 van het arrest.

³⁰ Zie arrest van 11 juli 2006, C-13/05, EU:C:2006:456, punt 48.

- het was aan de verwijzende rechter om na te gaan of de nationale wetgever, door het nastreven van de legitieme doelstellingen om enerzijds de aanwerving van mensen met een ziekte te bevorderen en anderzijds voor afwezigheid wegens ziekte een redelijk evenwicht te bereiken tussen de tegengestelde belangen van de werknemer en de werkgever, had verzuimd rekening te houden met relevante factoren die inzonderheid werknemers met een handicap betreffen (punt 90). Het risico voor personen met een handicap, die in het algemeen meer moeite hebben dan werknemers zonder handicap om een nieuwe werkring te vinden en die wegens de bescherming die hun situatie vereist bijzondere behoeften hebben, mocht niet worden miskend (punt 91).

58. Wat is de betekenis van dat arrest voor de onderhavige zaak?

59. In de eerste plaats is het voor de beoordeling of de nationale maatregel een legitieme doelstelling nastreeft, mijns inziens niet nodig dat de maatregel die doelstelling expliciet omschrijft. De verwijzende rechter dient dan wel na te gaan of het doel van de maatregel inderdaad legitiem is, maar hij hoeft hiertoe de uitdrukkelijke of verklaarde doelstelling (als die er al is) niet in aanmerking te nemen. Noch in de zaak *HK Danmark*³¹ noch in de onderhavige zaak lijkt de nationale wetgeving in kwestie een verwijzing naar een doelstelling te bevatten.³²

60. In de tweede plaats had de litigieuze bepaling in de zaak *HK Danmark*³³ tot doel om werkgevers ertoe aan te zetten werknemers met een bijzonder risico van herhaalde afwezigheid wegens ziekte aan te werven en in dienst te houden. Het Hof had kennelijk weinig moeite om te concluderen dat een dergelijke doelstelling, die de werkgelegenheid kon bevorderen, gerechtvaardigd kon zijn.³⁴ In de onderhavige zaak heeft de Spaanse regering verklaard dat de litigieuze wetgeving was vastgesteld met als doel het tegengaan van verzuim, dat volgens haar in die lidstaat een belangrijke reden voor bezorgdheid vormt.³⁵ De regeling beoogt aldus de belangen van werkgevers en werknemers met elkaar in evenwicht te brengen door ervoor te zorgen dat ondernemingen hun productiviteit kunnen behouden en dat werknemers worden beschermd tegen onredelijk ontslag. Zoals de Commissie opmerkt, bevestigt het feit dat op de lijst van niet-bestrafte redenen voor afwezigheid ziekten staan vermeld die zich waarschijnlijk niet dikwijls zullen herhalen, dat de regeling inderdaad tegen verzuim is gericht.³⁶ Mijns inziens kan het tegengaan van verzuim op de werkplek, wanneer dit zowel op nationaal niveau als voor werkgevers die ervan te lijden hebben, aantoonbaar aanzienlijke schade veroorzaakt, eveneens als een legitieme doelstelling worden beschouwd.

31 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

32 Ik wil voorts opmerken dat in zijn arrest van 30 april 2014, *Pfleger e.a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, waar de litigieuze nationale wetgeving aanmerkelijk explicieter was aangaande de vermeende misstanden die deze beoogde te bestrijden (daar ging het om gokverslaving), het Hof niettemin oordeelde dat de nationale rechter zelf de omstandigheden moest beoordelen waaronder de wetgeving was vastgesteld en uitgevoerd (zie met name punt 52 van het arrest).

33 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

34 Hoewel de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing opmerkte dat de litigieuze Deense wetgeving deel uitmaakte van een op de integratie van gehandicapte werknemers gericht beleid, wordt dit in het arrest van het Hof nergens bevestigd. In punt 14 wordt weliswaar vermeld dat er uit hoofde van de nationale wetgeving tot uitvoering van richtlijn 2000/78 een dergelijk beleid is, maar niet dat de beide regelingen met elkaar verband zouden houden. Punt 78 geeft het betoog van de Deense regering weer aangaande het doel van de nationale regeling die voorziet in de mogelijkheid van versneld ontslag: dit heeft in het algemeen betrekking op werknemers „met een bijzonder risico van herhaalde afwezigheid wegens ziekte” en niet specifiek op gehandicapte werknemers. Hoewel het Hof in punt 85 verwijst naar het argument van die regering dat de regeling in kwestie het mogelijk maakt met name gehandicapte werknemers aan te werven en in dienst te houden, is dit om het resultaat van de wetgeving weer te geven, niet het doel ervan.

35 Op de terechtzitting lichtte de Spaanse regering toe dat in 2016 elke dag gemiddeld 5,67 % van alle werknemers niet op het werk verscheen, resulterend in een productieverlies voor goederen en diensten van 5,63 % van het bruto nationaal product.

36 Zie punt 7 hierboven.

61. Met betrekking tot de evenredigheid van de onderhavige nationale regeling, kunnen in de hierboven in de punten 56 en 57 weergegeven redenering van het Hof met name twee aspecten worden onderscheiden. Ten eerste is de verwijzende rechter verplicht om een afweging te maken teneinde vast te stellen of de regeling in kwestie geschikt is, met inaanmerkingneming van de belangen zowel van de werkgevers als van hun arbeidskrachten, of potentiële arbeidskrachten, met een handicap. Ten tweede moet die rechter rekening houden met de ruime beoordelingsvrijheid die de lidstaten op dat gebied is gegeven.

62. De aanwezigheid van het tweede aspect maakt het moeilijk om de verwijzende rechter meer te bieden dan zeer algemene richtlijnen – wat waarschijnlijk minder is dan die rechter had gewild. Hoewel de onderhavige regeling zeker rekening lijkt te houden met de belangen van de werkgever, beschikt het Hof over minder gegevens betreffende die van de gehandicapte arbeidskrachten, afgezien van de hierboven in punt 60 genoemde stelling dat „werknemers [moeten] worden beschermd tegen een onredelijk ontslag”. In die algemene context zij aangetekend, dat volgens de nationale regeling die in de zaak HK Danmark³⁷ aan de orde was, een werkgever een arbeidskracht mocht ontslaan wanneer deze in totaal 120 dagen afwezig was geweest tijdens enig tijdvak van twaalf opeenvolgende maanden. De regeling die in de onderhavige zaak aan de orde is, is gecompliceerder. Het lijkt er echter op dat de onderhavige regeling hoe dan ook minder ruimhartig is dan de Deense wat betreft de toegestane perioden van afwezigheid.

63. Dat maakt op zichzelf de bepalingen ervan nog niet onevenredig. Het is aan de verwijzende rechter om uit te maken of ze zo ruim zijn geformuleerd dat ook verzuim van incidentele of sporadische aard eronder kan vallen – in welk geval de regeling naar mijn mening duidelijk niet evenredig is – of dat ze naar behoren zijn toegesneden op verwezenlijking van de doelstelling van het tegengaan van verzuim. De nationale rechter zou tevens het feit in aanmerking moeten nemen dat de Deense regeling kennelijk voorzag in, althans gedeeltelijke, vergoeding aan de werkgever van het ziekengeld dat hij zijn werknemers heeft betaald³⁸, terwijl de toepasselijke Spaanse wetgeving dit niet doet: de werkgever is verplicht om, althans in aanzienlijke mate, uit eigen zak voor de gemiste werkdagen te betalen.³⁹ Op zichzelf hoeven deze factoren niet doorslaggevend te zijn voor het oordeel van de verwijzende rechter. Het zijn slechts factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij een onderzoek naar alle relevante aspecten van die vraag. In wezen gaat het erom, of de regeling passend en noodzakelijk is, wat ter beoordeling staat aan de verwijzende rechter. Ik beklemtoon dat ik geen afgerond oordeel ter zake formuleer.

64. Ik concludeer derhalve dat het tweede onderdeel van het antwoord aan de verwijzende rechter moet luiden dat, bij de toetsing van de handhaving van een nationale regeling i) op grond waarvan een werkgever een werknemer die als gehandicapt in de zin van richtlijn 2000/78 moet worden beschouwd, mag ontslaan ii) op grond van de afwezigheid van die werknemer van zijn werk als gevolg van zijn handicap, en die iii) voorziet in een drempel of een reeks van drempels die door die afwezigheid moeten zijn overschreden wil het ontslag geldig zijn, rekening moet worden gehouden met de criteria vervat in de punten 71 tot en met 91 van het arrest HK Danmark van het Hof.⁴⁰ In dat verband kan een nationale regeling die is gericht op het tegengaan van verzuim op de werkplek, wanneer dit zowel op nationaal niveau als voor de werkgevers die ervan te lijden hebben, aantoonbaar aanzienlijke schade veroorzaakt, worden geacht een legitieme doelstelling in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), i), van de richtlijn na te streven. Wat betreft de evenredigheid van de nationale regeling in kwestie moet de verwijzende rechter de wetgeving in de context ervan beschouwen en de nadelige gevolgen die deze voor de betrokkenen kan hebben, in aanmerking nemen. Het is aan de verwijzende

37 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

38 Zie arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punten 19 en 86. De vergoeding was kennelijk beperkt tot 52 weken en het bedrag ervan lag lager dan wat de werkgever in werkelijkheid had betaald.

39 Volgens de Commissie geldt als algemene regel dat de werknemer niet wordt betaald voor de eerste drie dagen van ongeacht welke afwezigheid, terwijl de werkgever 60 % van de loonkosten voor de volgende twaalf dagen moet betalen en daarna de staat bijspringt. Daar komt bij dat Spaanse werkgevers na ontslag meestal voor ieder gewerkt jaar twintig dagen loon, met een maximum van één jaar, moeten uitkeren.

40 Arrest van 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222.

rechter om uit te maken of de in die wetgeving omschreven perioden van verzuim zo ruim zijn geformuleerd dat hieronder ook incidentele en sporadische afwezigheid valt – in welk geval de regeling niet evenredig is – of dat ze naar behoren zijn toegesneden op verwezenlijking van de doelstelling van het tegengaan van verzuim. De mate waarin uitkeringen wegens ziekteverlof door de werkgever moeten worden gedragen, kan eveneens relevant zijn. Geen van die factoren zal echter op zichzelf doorslaggevend zijn. De wezenlijke vraag is of de regeling passend en noodzakelijk is, wat ter beoordeling staat aan de verwijzende rechter.

Conclusie

65. Derhalve geef ik het Hof in overweging, de vraag van de Juzgado de lo Social n.º 1 Cuenca te beantwoorden als volgt:

- „– Bij onderzoek naar de toepassing van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep op het ontslag van een werknemer in omstandigheden die indirecte discriminatie in de zin van de richtlijn kunnen opleveren, moet eerst de toepassing van artikel 2, lid 2, onder b), ii), en van artikel 5 van de richtlijn worden onderzocht. Wanneer een werknemer een handicap heeft en zijn werkgever daarvan op de hoogte is of redelijkerwijs zou moeten zijn, rust op de werkgever de plicht om passende maatregelen te nemen teneinde te voorzien in redelijke aanpassingen als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn, tenzij dit voor hem een onevenredige belasting zou vormen. Verzaken van die plicht heeft tot gevolg dat het ontslag van de werknemer in strijd is met de voorschriften van de richtlijn.
- Bij de toetsing van de handhaving van een nationale regeling i) op grond waarvan een werkgever een werknemer die als gehandicapt in de zin van richtlijn 2000/78 moet worden beschouwd, mag ontslaan ii) op grond van de afwezigheid van die werknemer van zijn werk als gevolg van zijn handicap, en die iii) voorziet in een drempel of een reeks van drempels die door die afwezigheid moeten zijn overschreden wil het ontslag geldig zijn, moet rekening worden gehouden met de criteria vervat in de punten 71 tot en met 91 van het arrest van het Hof van 11 april 2013, HK Danmark (C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222). In dat verband kan een nationale regeling die is gericht op het tegengaan van verzuim op de werkplek, wanneer dit zowel op nationaal niveau als voor de werkgevers die ervan te lijden hebben aantoonbaar aanzienlijke schade veroorzaakt, worden geacht een legitieme doelstelling in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), i), van de richtlijn na te streven. Wat betreft de evenredigheid van de nationale regeling in kwestie moet de verwijzende rechter de wetgeving in de context ervan beschouwen en de nadelige gevolgen die deze voor de betrokkenen kan hebben, in aanmerking nemen. Het is aan de verwijzende rechter om uit te maken of de in die wetgeving omschreven perioden van verzuim zo ruim zijn geformuleerd dat hieronder ook incidentele en sporadische afwezigheid valt – in welk geval de regeling niet evenredig is – of dat ze naar behoren zijn toegesneden op verwezenlijking van de doelstelling van het tegengaan van verzuim. De mate waarin uitkeringen wegens ziekteverlof door de werkgever moeten worden gedragen kan eveneens relevant zijn. Geen van die factoren zal echter op zichzelf doorslaggevend zijn. De wezenlijke vraag is of de regeling passend en noodzakelijk is, wat ter beoordeling staat aan de verwijzende rechter.”