



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 19 oktober 2017¹

Mål C-270/16

Carlos Enrique Ruiz Conejero
mot
Ferroser Servicios Auxiliares SA
och
Ministerio Fiscal

(begäran om förhandsavgörande från Juzgado de lo Social No 1 Cuenca (Arbetsdomstol nr 1 i Cuenca, Spanien))

”Likabehandling i arbetslivet – Förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder – Nationell lagstiftning som på vissa villkor tillåter att en arbetstagare sägs upp på grund av upprepad frånvaro, även om frånvaron är giltig – Styrkt giltig frånvaro som har samband med arbetstagarens funktionshinder”

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande har EU-domstolen ombetts att bedöma huruvida förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder som föreskrivs i direktiv 2000/78² är tillämpligt på en nationell lagstiftning som tillåter att en arbetsgivare säger upp ett anställningsavtal efter en eller flera perioder av frånvaro från arbetet utan hänvisning till den omständigheten att den aktuella arbetstagaren kan ha ett funktionshinder.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 2000/78

2. I skälen i direktiv 2000/78 anges bland annat följande:

- ”(16) Åtgärder för att anpassa arbetsplatserna till funktionshindrade personers behov spelar en viktig roll när det gäller att bekämpa diskriminering på grund av funktionshinder.
- (17) Detta direktiv innebär inte något krav på att anställa, befordra, utbilda eller ge fortsatt anställning åt en person som saknar kompetens eller förmåga eller som inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter eller följa en given utbildning, skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder påverkas dock inte.

...

¹ Originalspråk: engelska.

² Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, 2000, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42).

- (20) Lämpliga åtgärder bör vidtas, dvs. effektiva och praktiska åtgärder för att organisera arbetsplatsen med hänsyn till personer med funktionshinder, t.ex. inredning av lokaler eller anpassning av utrustning, arbetstakt, arbetsfördelning, utbildningsmöjligheter eller arbetsledning.
- (21) I syfte att avgöra huruvida åtgärderna blir alltför betungande, bör man särskilt beakta de ekonomiska och andra kostnader som åtgärderna medför, organisationens eller företagets storlek och ekonomiska resurser och möjligheten att erhålla offentliga medel eller annat stöd.

...”

3. I artikel 1 i direktiv 2000/78, med rubriken ”Syfte”, föreskrivs följande:

”Syftet med detta direktiv är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.”

4. Artikel 2 i direktiv 2000/78 har rubriken ”Begreppet diskriminering”. I artikeln föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv avses med principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1.

2. Enligt punkt 1 skall

- a) direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation,
- b) indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte
- i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, eller
- ii) när det gäller personer med ett visst funktionshinder, arbetsgivaren eller varje person eller organisation på vilken detta direktiv är tillämpligt är skyldig, enligt den nationella lagstiftningen, att vidta lämpliga åtgärder i enlighet med principerna i artikel 5 för att undanröja de nackdelar som denna bestämmelse, detta kriterium eller förfaringsätt för med sig.

...”

5. Artikel 3 i direktiv 2000/78, med rubriken ”Tillämpningsområde”, har följande lydelse:

”1. Inom ramen för [Europeiska unionens] befogenheter skall detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande:

- a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran.

...

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

...”

6. Artikel 5 i direktiv 2000/78 har rubriken ”Rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder”. I artikeln anges följande:

”För att garantera principen om likabehandling för personer med funktionshinder skall rimliga anpassningsåtgärder vidtas. Detta innebär att arbetsgivaren skall vidta de åtgärder som behövs i det konkreta fallet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning, såvida sådana åtgärder inte medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Om denna börda i tillräcklig grad kompenseras genom åtgärder som redan ingår i den berörda medlemsstatens politik för personer med funktionshinder bör den inte anses oproportionerlig.”

Nationell rätt

7. I artikel 52 d i 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 (kungligt lagstiftningsdekret 1/1995 av den 24 mars om antagande av den konsoliderade versionen av lagen om arbetstagares ställning)³ (nedan kallad artikel 52 d i lagen om arbetstagares ställning) föreskrivs följande:

”Uppsägning av anställningsavtal på saklig grund.

Avtalet kan sägas upp i följande fall:

...

d) Vid frånvaro från arbetet, även när denna frånvaro är giltig, men periodiskt återkommande, och den uppgår till 20 procent av arbetstiden under två på varandra följande månader, under förutsättning att den totala frånvaron uppgår till 5 procent av arbetstiden under föregående tolv månader eller 25 procent av arbetstiden under sammanlagt fyra månader inom en tolv månadersperiod.

Följande ska inte räknas som frånvaro från arbetet i den mening som avses i föregående stycke: Frånvaro på grund av tillåtna stridsåtgärder under den tid då dessa pågår, utövande av verksamhet som facklig representant, arbetsolyckor, moderskap, risker under graviditet och amning, sjukdomar som orsakas av graviditet, förlossning eller amning, faderskap, ledighet och semester, ej arbetsrelaterade sjukdomar eller olyckor när ledigheten har föreskrivits av offentlig vårdgivare och varar mer än 20 dagar i rad eller om den motiveras av fysiska eller psykologiska konsekvenser av könsrelaterat våld och detta har intygats av socialtjänsten eller hälso- och sjukvården.

Till sådan frånvaro räknas inte heller medicinsk behandling av cancer eller annan allvarlig sjukdom.”

8. I artikel 4.2 c i Ley del Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagares ställning) föreskrivs följande:

”2. Arbetstagare har rätt att i sitt arbete

³ Såsom jag har förstätt saken har det aktuella lagstiftningsdekretet ersatts av 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 (kungligt lagstiftningsdekret 2/2015 av den 23 oktober om antagande av den konsoliderade versionen av lagen om arbetstagares ställning), vilket utan väsentliga ändringar återger de bestämmelser som är relevanta i förevarande mål.

...

- c) vid anställningen eller sedan de anställts inte utsätts för direkt eller indirekt diskriminering i Spanien på grund av kön, civilstånd, ålder (inom de gränser som anges i denna lag), ras eller etniskt ursprung, social ställning, religion eller övertygelse, politisk åskådning, sexuell läggning, medlemskap eller icke medlemskap i ett fackförbund och språk.

Arbetstagare får heller inte utsättas för diskriminering på grund av funktionshinder, under förutsättning att de har förmåga att utföra de berörda arbetsuppgifterna.”

9. I artikel 2 d i 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 (kungligt lagstiftningsdekret 1/2013 av den 29 november om antagande av den konsoliderade versionen av den allmänna lagen om rättigheter för personer med funktionshinder och integrering av sådana personer i samhället) (nedan kallad den allmänna lagen om funktionshinder), föreskrivs följande:

”Definitioner.

I denna lag gäller följande definitioner:

Indirekt diskriminering föreligger då en bestämmelse i lag eller annan författning, en bestämmelse i ett kollektivavtal eller anställningsavtal, en enskild överenskommelse, ett ensidigt beslut, ett kriterium eller praxis, liksom en miljö, en vara eller tjänst som framstår som neutral kan orsaka en särskild nackdel för en person jämfört med andra personer på grund av ett funktionshinder, såvida det inte objektivt sett svarar mot ett legitimt syfte och sättet att uppnå detta syfte är lämpligt och nödvändigt.”

10. I artikel 40.2 i den allmänna lagen om funktionshinder föreskrivs följande:

”Arbetsgivaren ska vidta lämpliga åtgärder för att anpassa arbetsplatsen och öka tillgängligheten på arbetsplatsen med beaktande av behoven i varje enskilt fall för att göra det möjligt för personer med funktionshinder att få tillträde till anställning, utföra sitt arbete, bli beforderade och få tillträde till utbildning, såvida inte sådana åtgärder medför en orimlig börda för arbetsgivaren.

För att avgöra huruvida bördan är orimlig, är det nödvändigt att bedöma huruvida den i tillräcklig grad begränsas genom de åtgärder, stöd och bidrag som är tillämpliga på personer med funktionshinder och att beakta de ekonomiska och andra kostnader som åtgärderna medför samt företagets eller organisationens storlek och dess sammanlagda omsättning.”

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågan

11. Carlos Enrique Ruiz Conejero har arbetat som lokalvårdare sedan den 2 juli 1993 och var vid den relevanta tidpunkten anställd av Ferroser Servicios Auxiliares, SA., som hade tilldelats kontraktet för städtjänster vid Virgen de la Luz Hospital, Cuenca (som lyder under Hälso- och sjukvårdsmyndigheten i Kastilien-La Mancha) där han arbetade. Innan dess var han anställd av de företag som tidigare hade tilldelats kontraktet för städning av dessa lokaler. Han hade inte haft några som helst problem med arbetet och hade inte ålagts någon disciplinpåföljd.

12. Genom beslut utfärdat den 15 september 2014 av Cuencas lokalavdelning vid Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Hälso- och socialministeriet vid den autonoma regionen Kastilien La-Mancha) erkändes Carlos Enrique Ruiz Conejeros funktionshinder. I det aktuella beslutet slås fast att hans funktionshinder uppgick till 37 procent, varav 32 procent avsåg fysiska begränsningar (24 procent på grund av endokrina och metabola sjukdomar

(fetma) och 10 procent på grund av nedsatt funktion i ryggraden) och 5 procent avsåg ytterligare sociala faktorer.⁴

13. Under åren 2014 och 2015 var han sjukskriven under följande perioder:

- Den 1 mars till den 17 mars 2014 för ”skarp smärta” som krävde sjukhusvård (den 26 februari till den 1 mars 2014).
- Den 26 mars till den 31 mars 2014 för ”yrsel/illamående”.
- Den 26 juni till den 11 juli 2014 för ”lumbago”.
- Den 9 mars till den 12 mars 2015 för ”lumbago”.
- Den 24 mars till den 7 april 2015 för ”lumbago”.
- Den 20 april till den 23 april 2015 för ”yrsel/illamående”.

14. Enligt den diagnos som ställdes av Servicios Médicos de la Sanidad Pública (den offentliga hälso- och sjukvårdsmyndigheten) har både ”yrseln/illamåendet” och ”lumbagon” orsakats av degenerativ artropati och polyartros som förvärrats av fetman som Carlos Enrique Ruiz Conejero lider av. I diagnosen drogs slutsatsen att dessa besvär uppkommit till följd av de sjukdomar som ligger till grund för funktionshindret.

15. Carlos Enrique Ruiz Conejero underrättade sin arbetsgivare om samtliga sjukskrivningar i vederbörlig ordning och inkom med läkarintyg som angav skälen till sjukskrivningen och sjukskrivningens varaktighet. Han informerade dock inte arbetsgivaren om sitt funktionshinder innan han blev uppsagd, och han hade frivilligt avstått från de läkarundersökningar som med jämna mellanrum erbjöds och anordnades av arbetsgivarens försäkringsbolag. I beslutet om hänskjutande anges att arbetsgivaren, till följd av detta, inte kände till att han hade eller skulle kunna ha ett funktionshinder när företaget sade upp honom.

16. Genom brev som skickades till Carlos Enrique Ruiz Conejero den 7 juli 2015 informerade arbetsgivaren honom om att han hade sagts upp på saklig grund med stöd av artikel 52 d i lagen om arbetstagares ställning, av det skälet att han hade överskridit de gränser som anges i denna bestämmelse för hur länge arbetstagare, även i de fall då frånvaron är giltig, får vara frånvarande från arbetet. I den skriftliga uppsägningen påpekades särskilt att Carlos Enrique Ruiz Conejero hade varit frånvarande över 20 procent av arbetstiden i mars och april 2015 och över 5 procent av arbetstiden under de tolv föregående månaderna.

17. Carlos Enrique Ruiz Conejero överklagade därefter uppsägningen till Juzgado de lo Social No 1 Cuenca (Arbetsdomstol nr 1 i Cuenca). I det målet har han varken ifrågasatt sanningsenligheten eller riktigheten i uppgifterna om frånvaron från arbetet eller de procentsatser som angetts. Han har dock hävdats att det enda skälet till denna frånvaro var den sjukdom som ligger till grund för funktionshindret. Detta innebär att det föreligger ett direkt samband mellan frånvaron från arbetet och hans ställning som en person med funktionshinder. Han har följaktligen hävdats att uppsägningen är ogiltig då den utgör diskriminering.

⁴ De angivna siffrorna synes innebära ett funktionshinder på totalt 39 procent snarare än 37 procent. Detta kan dock bero på att det finns fler nyanser i det nationella beslutet. De här angivna procentandelarna är i vart fall de som angetts i beslutet om hänskjutande.

18. Mot denna bakgrund beslutade den hänskjutande domstolen att ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Utgör direktiv 2000/78 hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse som innebär att en arbetsgivare har rätt att säga upp en arbetstagare på saklig grund med anledning av frånvaro från arbetet, när denna frånvaro är giltig men periodvis återkommande, och den uppgår till 20 procent av arbetstiden under två på varandra följande månader, under förutsättning att den totala frånvaron uppgår till 5 procent av arbetstiden under de föregående tolv månaderna eller 25 procent av arbetstiden under sammanlagt fyra månader inom en tolv månadersperiod, när arbetstagaren ska anses ha ett funktionshinder i den mening som avses i direktivet och frånvaron från arbetet har orsakats av detta funktionshinder?”

19. Carlos Enrique Ruiz Conejero, Ferroser Servicios Auxiliares, den spanska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Alla dessa parter utvecklade sin talan och svarade på domstolens frågor vid förhandlingen den 22 mars 2017.

Bedömning

Inledande synpunkter

Huruvida fetma utgör ett funktionshinder enligt direktiv 2000/78

20. Det påpekas i beslutet om hänskjutande att Carlos Enrique Ruiz Conejeros funktionshinder, vilket tycks huvudsakligen bero på hans fetma, erkändes på nationell nivå.

21. I domen FOA⁵ ombads EU-domstolen att bedöma huruvida unionsrätten innehåller en allmän princip om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av fetma. Domstolen slog fast att någon sådan princip inte existerade.⁶ Den övervägde dock därefter huruvida fetma kunde omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78.

22. Svaret blev att så kan vara fallet. Domstolen uppställde ett kriterium i det avseendet som gäller hela unionen. Den slog fast att om ”en arbetstagares fetma ... medför en begränsning till följd av bland annat fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning varar under en lång tid, kan ett sådant tillstånd omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i [direktivet]”. Så vore fallet särskilt om den berörda arbetstagarens fetma motverkar hans eller hennes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare på grund av begränsad rörlighet eller på grund av ett sjukdomstillstånd som hindrar honom eller henne från att utföra sitt arbete eller som gör det svårt att utöva yrkesverksamhet.⁷

23. Om en arbetstagare konstateras ha ett funktionshinder enligt nationell rätt, kan det vara så att arbetstagaren även uppfyller de krav som uppställs i unionsrätten i det avseendet, men så behöver inte vara fallet. Huruvida så är fallet med Carlos Enrique Ruiz Conejero ska den hänskjutande domstolen avgöra, med tillämpning av det kriterium som jag just har angett. Eftersom nämnda domstol har formulerat sin fråga med utgångspunkt i att så faktiskt är fallet, ska jag dock fortsätta återstoden av min bedömning utifrån det antagandet.

5 Dom av den 18 december 2014 (C-354/13, EU:C:2014:2463) (även kallad Kaltoft).

6 Se punkterna 31 och 40 i domen.

7 Se punkterna 59 och 60 i domen.

Omfattningen av den hänskjutande domstolens fråga

24. Även om den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt återger ordalydelsen i enbart artikel 52 d i lagen om arbetstagares ställning, har nämnda domstol även i beslutet om hänskjutande förklarat att Carlos Enrique Ruiz Conejero inte avslöjade sin medicinska situation för arbetsgivaren, en omständighet som den – åtminstone underförstått – tycks anse utesluter en tillämpning av artiklarna 2.2 b ii och 5 i direktiv 2000/78. Som jag kommer att förklara,⁸ anser jag att saken är mer komplicerad i det avseendet än vad den hänskjutande domstolen kanske räknar med. För att ge nämnda domstol ett användbart svar, kommer jag att ta med en bedömning av dessa bestämmelser i mitt resonemang nedan.

Direkt eller indirekt diskriminering?

25. Den kombinerade effekten av artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 2000/78 är att direkt diskriminering på grund av funktionshinder är förbjuden i nästan samtliga fall.⁹

26. Enligt artikel 2.2 a i direktivet ska direkt diskriminering anses förekomma ”när en person ... behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation” på grund av bland annat funktionshinder.

27. Den aktuella nationella bestämmelse som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i sin fråga, nämligen artikel 52 d i lagen om arbetstagares ställning, är tillämplig på samma sätt på alla arbetstagare. Den behandlar inte personer med funktionshinder mindre förmånligt än personer utan funktionshinder och utgör således inte direkt diskriminering enligt artikel 2.2 a i direktiv 2000/78.

28. Det blir därefter nödvändigt att bedöma huruvida tillämpningen av denna bestämmelse kan utgöra indirekt diskriminering enligt artikel 2.2 b. Detta begrepp syftar på en bestämmelse, ett kriterium eller förfaringsätt som är ”skenbart neutralt”, men som särskilt kan missgynna bland annat personer med ett visst funktionshinder jämfört med andra personer.

29. Såsom domstolen påpekade i domen HK Danmark,¹⁰ kan en arbetstagare med funktionshinder vara mer utsatt för risken att bli uppsagd med kortare uppsägningstid än den som inte har något funktionshinder, eftersom vederbörande löper mycket större risk att drabbas av en sjukdom som har samband med funktionshindret och löper därmed större risk för att sjukskrivningsdagar ackumuleras.¹¹ Härav följer att den aktuella bestämmelsen vid första påseende är indirekt diskriminerande.

30. Eftersom så är fallet, är det nödvändigt att fortsätta bedömningen genom att utvärdera huruvida och, om så är fallet, i vilken utsträckning de undantag som föreskrivs i artikel 2.2 b i eller 2.2 b ii i direktiv 2000/78 kan vara tillämpliga.

31. Den första fråga som uppkommer i det sammanhanget avser det inbördes förhållandet mellan dessa två undantag. Den sistnämnda bestämmelsen är tillämplig endast i fråga om funktionshinder. Den föregås av ordet ”eller”. Kan man av detta sluta sig till att de aktuella bestämmelserna ska tolkas som att de på något sätt utesluter varandra, och till och med gå så långt som att hävda att personer med funktionshinder endast omfattas av den sistnämnda av dessa bestämmelser?

32. Jag anser inte det.

⁸ Se punkt 36 och följande punkter nedan.

⁹ Vissa mycket begränsade undantag föreskrivs i artiklarna 2.5, 4 och 6. De är inte relevanta i det här fallet.

¹⁰ Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222) (även kallad Ring och Werge).

¹¹ Se, för ett liknande resonemang, punkt 76 i domen.

33. Såsom den spanska regeringen – enligt min mening korrekt – påpekade vid förhandlingen, bör de två bestämmelserna läsas tillsammans, eftersom den andra bestämmelsen kan anses ge information om en uppfattning om den första bestämmelsens proportionalitet. Det kan inte heller anses att artikel 2.2 b ii ska tillämpas på personer med funktionshinder, med uteslutande av artikel 2.2 b i, eftersom – av de skäl som jag kommer att förklara nedan¹² – även om det kan vara så att den förstnämnda bestämmelsen är tillämplig på majoriteten av de personer som har ett funktionshinder, kan den inte vara tillämplig på alla dessa.

Artiklarna 2.2 b ii och 5 i direktiv 2000/78 – Lämpliga åtgärder och rimliga anpassningsåtgärder

34. Jag ska börja med att bedöma artikel 2.2 b ii, vilken i sin tur ska läsas tillsammans med artikel 5. Indirekt diskriminering uppkommer inte då arbetsgivaren, när det gäller ”personer med ett visst funktionshinder”, är skyldig enligt den nationella lagstiftningen¹³ att vidta lämpliga åtgärder för att undanröja de nackdelar som en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt för med sig, som i annat fall skulle utgöra indirekt diskriminering. För att uppfylla kravet på att vidta lämpliga åtgärder måste arbetsgivaren vidta ”rimliga anpassningsåtgärder”. Detta innebär en skyldighet för arbetsgivaren att vidta de åtgärder som behövs i det konkreta fallet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning. Skäl 20 i direktivet ger ytterligare vägledning.¹⁴ Domstolen har slagit fast att uttrycket ”rimliga anpassningsåtgärder” ska ges en vid tolkning, med beaktande av bland annat artikel 2 i Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.¹⁵

35. Allt detta gäller dock med det viktiga förbehåll som anges i artikel 5 i direktiv 2000/78, nämligen att de åtgärder som ska vidtas inte får medföra vad som i lagstiftningen kallas en ”oproportionerlig börda” för arbetsgivaren. Förtydliganden ges i det avseendet i skäl 21 i direktivet, enligt vilket man bör särskilt beakta kostnaderna för att vidta anpassningsåtgärder, typen av arbetsgivarens företag och möjligheten att erhålla offentliga medel eller annat stöd. Det ska med andra ord göras en avvägning.

36. Direktivet ålägger inte arbetstagare eller blivande arbetstagare med funktionshinder någon skyldighet att avslöja sitt funktionshinder. Enligt min mening är det uppenbart att en arbetsgivare som på goda grunder inte alls känner till arbetstagarens funktionshinder – det finns inget som uppmärksammar arbetsgivaren på att arbetstagaren har ett funktionshinder och arbetstagaren har inte informerat sin arbetsgivare om detta – inte kan förväntas vidta ”rimliga anpassningsåtgärder”. Under vilka omständigheter är då den skyldighet som föreskrivs i artikel 5 tillämplig?

37. Det är uppenbart att denna skyldighet blir aktuell när arbetstagaren har upplyst arbetsgivaren om sitt funktionshinder och omfattningen av detta, tillsammans med alla relevanta kringliggande omständigheter. Förutsatt att det inte medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren, kommer arbetsgivaren då att kunna vidta aktiva åtgärder för att hjälpa arbetstagaren och vidta rimliga anpassningsåtgärder. Genom dessa åtgärder kommer arbetstagaren att bli en del av arbetskraften.

38. Vad gäller när arbetstagaren, såsom i förevarande fall, inte avslöjar sitt funktionshinder? I vissa fall kommer det rimligen att vara uppenbart för arbetsgivaren att den berörda personen har ett funktionshinder. För att ta det mest uppenbara exemplet, kommer så att vara fallet om personen har förlorat en arm eller ett ben genom amputation. Arbetsgivaren kan inte vara ovetande om situationen

¹² Se punkt 50 nedan.

¹³ Det tycks vara ostridigt att den relevanta lagstiftning varigenom artikel 5 har införlivats med nationell rätt i Spanien är artikel 40.2 i den allmänna lagen. Se punkt 10 ovan.

¹⁴ Se punkt 2 ovan. Domstolen har slagit fast att den förteckning som anges i det skälet (vilken föregås av orden ”t.ex.”) inte är uttömmande. Se dom av den 11 april 2013, HK Danmark (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222, punkt 56).

¹⁵ Som godkänts på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009 (EUT L 23, 2010, s. 35). Se dom av den 11 april 2013, HK Danmark (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222, punkt 53).

och det kan antas att arbetsgivaren antingen vet om eller rimligen borde ha känt till att arbetstagaren har ett funktionshinder. Det kan inte finnas något skäl till att undanta denna arbetstagare från tillämpningsområdet för artikel 5. Frågan huruvida arbetsgivaren rimligen borde ha känt till funktionshindret kommer att variera från fall till fall. Eftersom urvalet av olika tänkbara funktionshinder är både omfattande och varierat, finns det inte någon universallösning.

39. Även om funktionshindret är uppenbart betyder det dock inte att arbetsgivaren i samtliga fall kommer att känna till de lämpliga åtgärder – eller alla lämpliga åtgärder – som kan vara nödvändiga för att vidta rimliga anpassningsåtgärder för arbetstagaren. Arbetsgivaren kan be arbetstagaren att lämna ytterligare detaljer, och därigenom möjliggöra hjälp och stöd, där så är möjligt. Om arbetstagaren vägrar att lämna sådan information eller är ovillig att lämna ut den, kan vederbörande inte tvingas att göra det. Arbetstagaren kanske föredrar att inte delta i en sådan åtgärd av skäl som hänger samman med vad vederbörande uppfattar som sin personliga värdighet eller självständighet. Under sådana omständigheter kommer arbetsgivarens handlingsutrymme att vara begränsat till vidtagandet av de åtgärder som är självklara.¹⁶ Sådana åtgärder kan, eller faktiskt inte, leda till att arbetstagaren blir en del av arbetskraften. Det kan dock inte finnas någon skyldighet för arbetsgivaren att gå längre.

40. Saken kompliceras även av den omständigheten att många funktionshinder inte är statiska till sin natur. En arbetstagare kan till exempel inleda sin karriär hos en viss arbetsgivare med ett funktionshinder som har minimal inverkan på arbetstagarens arbetsförmåga. Senare kan dock arbetstagarens tillstånd förvärras, med följderna att inverkan blir mer allvarlig. I det sammanhanget anser jag att liknande principer som dem som har angetts ovan är tillämpliga. Om och i den mån som arbetstagaren delar med sig av detaljer om sin situation till arbetsgivaren, måste arbetsgivaren överväga huruvida nya åtgärder kommer att krävas för att vidta rimliga anpassningsåtgärder. Om så inte sker, kommer arbetsgivaren att vara skyldig att vidta de åtgärder som uppenbarligen krävs, men arbetsgivaren kan inte förväntas gå längre än så.¹⁷

41. Jag anser generellt att den skyldighet att vidta rimliga anpassningsåtgärder som föreskrivs i artikel 5 utgör en viktig och värdefull åtgärd. Genom att föreskriva en rad faktiska åtgärder som ska vidtas av arbetsgivaren, möjliggör den för arbetstagare med funktionshinder att delta på arbetsmarknaden på ett sätt som annars inte skulle vara möjligt för många av dem, och berikar därigenom deras liv väsentligt. Direktivets tillämpningsområde är dessutom omfattande. Enligt artikel 3.1 a och c är direktivet tillämpligt i alla skeden av anställningsförhållandet och i det anställningsskede som föregår anställningsförhållandet. Enligt min mening följer härav att när arbetsgivaren vet om eller rimligen borde ha känt till att en person, som arbetsgivaren föreslår ska anställas eller som redan är anställd, har eller kan ha ett funktionshinder, utgör denna skyldighet det första steget i processen för att undvika diskriminerande behandling. En utebliven anställning eller, alltefter omständigheterna, en uppsägning till följd av en underlåtenhet att iaktta en sådan skyldighet kommer att utgöra otillåten diskriminering enligt direktiv 2000/78.

42. Efter detta klagande bör jag framhålla att artikel 5 inte är utan begränsningar. Jag har redan angett att den skyldighet som artikeln uppställer inte är tillämplig när dess effekt skulle vara att medföra en oproportionerlig börda för arbetsgivaren.¹⁸ Det är också viktigt att påpeka att bestämmelsen eftersträvar att anställda med funktionshinder ska likställas med sina kolleger utan funktionshinder, inte att de ska få mer långtgående rättigheter. I skäl 17 i direktiv 2000/78 anges

¹⁶ Så är särskilt fallet när arbetstagaren, såsom i förevarande fall, frivilligt har avstått från de läkarundersökningar som med jämna mellanrum erbjuds av arbetsgivaren. Se ovan punkt 15.

¹⁷ Jag kommer i punkterna 43 och 44 nedan ta upp den situation som kan uppstå om funktionshindret utvecklas så till den grad att inga ytterligare rimliga anpassningsåtgärder kan vidtas eller om sådana anpassningsåtgärder kan vidtas, men endast i en omfattning som är oproportionerlig vad gäller bördan för arbetsgivaren.

¹⁸ Se punkt 35 ovan.

därför bland annat att direktivet inte innebär något krav på att en arbetsgivare ger fortsatt anställning åt en person som saknar kompetens eller förmåga eller som inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter. En arbetstagare med funktionshinder har i det avseendet exakt samma ställning som en arbetstagare utan funktionshinder.¹⁹

43. Mer komplicerad är den situation som kan uppstå till följd av ett funktionshinder som, i dess tidigare stadier, tillät vidtagandet av rimliga anpassningsåtgärder enligt artikel 5 i direktivet, men som har utvecklats så till den grad att sådana anpassningsåtgärder antingen inte är praktiskt genomförbara eller endast kan vidtas genom att arbetsgivaren åläggs en oproportionerlig börda. Får arbetsgivaren under sådana omständigheter säga upp arbetstagaren?

44. Jag anser att en uppsägning som uteslutande grundas på arbetstagarens funktionshinder inte kan vara befogad. Den skulle utgöra direkt diskriminering enligt artikel 2.2 a i direktivet. Skulle dock uppsägningen vara grundad på en av de omständigheter som det hänvisas till i skäl 20 eller någon annan omständighet som inte utgör diskriminering, anser jag att den inte skulle strida mot direktivets krav.

45. På grundval av ovanstående bedömning anser jag att den första delen av svaret på den hänskjutande domstolens fråga ska vara följande. Vid bedömningen av huruvida direktiv 2000/78 är tillämpligt på uppsägningen av en arbetstagare under omständigheter som kan utgöra indirekt diskriminering enligt direktivet, är det först nödvändigt att bedöma huruvida artiklarna 2.2 b ii och 5 i direktivet är tillämpliga. När en arbetstagare har ett funktionshinder och arbetsgivaren antingen vet om eller rimligen borde ha känt till detta funktionshinder, är arbetsgivaren skyldig att på lämpligt sätt vidta rimliga anpassningsåtgärder enligt artikel 5 i direktivet, såvida inte detta medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Eventuell underlåtenhet att göra detta kommer att medföra att arbetstagarens uppsägning strider mot kraven i direktivet.

Artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78

46. Jag har angett att det skydd som personer med ett funktionshinder ges genom artikel 2.2 b ii jämförd med artikel 5 kan vara både viktigt och värdefullt. Det är även uppenbart att omfattningen av detta skydd kan vara begränsad.²⁰

47. Innebär den omständigheten att det i dessa bestämmelser särskilt hänvisas till personer med funktionshinder att bestämmelserna ska tolkas på så sätt att när de är tillämpliga så är de uttömmande? Med andra ord, förutsatt att en arbetsgivare iakttar artiklarna 2.2 b ii och 5, och med förbehåll för de begränsningar som jag har nämnt ovan i punkt 44, skulle uppsägningen av en arbetstagare som har ett funktionshinder vara giltig och skulle det vara onödigt för arbetsgivaren att även beakta artikel 2.2 b i på något sätt?

48. Jag anser att detta är ett alltför förenklat synsätt.

49. Enligt min mening ger artiklarna 2.2 b ii och 5 i direktiv 2000/78 endast särskilt uttryck för en viss aspekt av indirekt diskriminering på grund av funktionshinder – både vad gäller de faktiska skyldigheter som de uppställer och begränsningarna av dessa. En arbetsgivare kan, under lämpliga omständigheter och inom proportionerliga gränser, vara skyldig att vidta aktiva åtgärder för att främja intressena för de personer som annars skulle bli utsatta för diskriminering. Jag berörde faktiskt denna

¹⁹ Se, i det avseendet, dom av den 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, punkt 51), där domstolen slog fast att "[f]örbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i artiklarna 2.1 och 3.1 c i direktiv 2000/78 utgör – i fråga om uppsägning – hinder för uppsägning på grund av funktionshinder som, med iakttagande av skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder, inte är motiverad av att personen saknar kompetens eller förmåga eller inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter".

²⁰ Se punkterna 41 och 42 ovan.

fråga – om än översiktligt – i punkt 125 i mitt förslag till avgörande i målet Bougnaoui,²¹ vid bedömningen av huruvida proportionalitetsprincipen skulle tillämpas på indirekt diskriminering i det målet. Jag påpekade att "[v]ad som är proportionerligt kan variera beroende på det berörda företags storlek. Ju större företaget är, desto mer sannolikt är det att det har resurser som tillåter det att vara flexibelt vid fördelningen av arbetsuppgifterna mellan de anställda. Således kan en arbetsgivare på ett stort företag förväntas göra större ansträngningar för att kunna tillmötesgå sina anställda på ett rimligt sätt än en arbetsgivare på ett litet eller medelstort företag".

50. Låt oss dock anta att artikel 2.2 b ii inte är tillämplig på ett visst fall. Av bestämmelsens ordalydelse framgår klart att den inte omfattar alla personer med funktionshinder utan endast "när det gäller personer med ett visst funktionshinder". Förmånen av sådana åtgärder som rimliga anpassningsåtgärder som föreskrivs i artikel 5 är således inskränkt till en begränsad kategori som består av a) de personer med funktionshinder avseende vilka rimliga anpassningsåtgärder faktiskt kan vidtas – det är inte alla kategorier av funktionshinder som medger sådana anpassningsåtgärder – och b) de personer med avseende på vilka sådana anpassningsåtgärder kan vidtas utan att det medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Jag ser ingen anledning till att de personer med funktionshinder som inte hör till denna kategori ska undantas från tillämpningsområdet för artikel 2.2 b i, och inte heller anser jag att de personer som faktiskt hör till denna kategori inte bör omfattas av även den bestämmelsen.

51. Ett sådant restriktivt synsätt skulle även strida mot fast rättspraxis. I domen HK Danmark²² gjorde domstolen en separat prövning av tillämpningen av artikel 5²³ och av artikel 2.2 b i²⁴ i direktiv 2000/78 i fråga om en arbetstagare som omfattades av en (påstått diskriminerande) uppsägningstid enligt nationell lagstiftning. Inte någon gång uttalade domstolen att tillämpningen av dessa bestämmelser uteslöt varandra. Tvärtom slog domstolen fast att en uppsägning enligt den aktuella nationella bestämmelsen – som den senare slog fast *skulle kunna* vara giltig enligt artikel 2.2 b i) i direktivet förutsatt att de relevanta villkoren var uppfyllda – *inte* kunde anses vara giltig i fråga om en uppsägning när arbetsgivaren hade underlåtit att vidta lämpliga åtgärder för att rimliga anpassningsåtgärder skulle vidtas enligt artikel 5.²⁵

52. Även om det målet och förevarande mål liknar varandra i den mån som saken i båda målen omfattar giltigheten (eller den bristande giltigheten) av en bestämmelse i nationell lagstiftning som reglerar uppsägningstider inom ramen för direktiv 2000/78, har den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande i förevarande mål uppgett att vad den kallar "skälet till dess osäkerhet vad gäller tolkningen eller giltigheten av direktiv 2000/78", står att finna i den tolkning som EU-domstolen gjorde i målet HK Danmark.²⁶

53. Det är därför värt att granska den domen lite mer i detalj.

54. Bakgrunden till förfarandet vid den nationella domstolen i det målet avsåg två arbetstagare som hade sagts upp av skäl som påstods vara diskriminerande på grund av ett funktionshinder.²⁷ I den nationella bestämmelse²⁸ som uppsägningarna grundades på föreskrevs att en arbetstagare kunde sägas upp med en månads varsel om arbetstagaren inom en period av tolv på varandra följande månader hade uppburit lön vid sjukdom under sammanlagt 120 dagar. Den uppsägningstid som

21 Förslag till avgörande i målet Bougnaoui och ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553).

22 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

23 Se punkterna 48–64 i domen.

24 Se punkterna 69–92 i domen.

25 Se punkt 68 i domen och punkt 3 i domslutet.

26 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

27 Det förekom viss diskussion i domen avseende huruvida de sjukdomar som arbetstagarna led av verkligen utgjorde ett funktionshinder enligt direktiv 2000/78. Den diskussionen är dock inte relevant för denna del av min bedömning.

28 Det framgår att bestämmelsen var fakultativ. Den var tillämplig om detta hade bestämts genom en skriftlig klausul "i det enskilda anställningsavtalet". Se punkt 13 i domen.

föreskrevs i den bestämmelsen var begränsad: huvudregeln enligt den nationella lagstiftningen var en uppsägningstid på mellan tre till sex månader. Den aktuella bestämmelsen var tillämplig på samma sätt på personer både med och utan funktionshinder. Den danska regeringen framhöll att syftet med bestämmelsen var att uppmuntra arbetsgivarna till att anställa och ge fortsatt anställning åt arbetstagare som i högre grad riskerade att vara sjukskrivna, genom att ge arbetsgivarna rätt att senare säga upp arbetstagarna med en kortare uppsägningstid om sjukskrivningen visade sig bli mycket långvarig. I gengäld kunde dessa arbetstagare behålla sitt arbete under sjukskrivningen/sjukskrivningarna. Nämnda regering hävdade att både arbetsgivarens och arbetstagarens intressen tillvaratogs genom den aktuella bestämmelsen.²⁹

55. Domstolen slog (såvitt är av relevans i förevarande mål) fast följande:

- Domstolen framhöll den regel som fastställdes i domen *Chacón Navas*³⁰ med innebörden att en missgynnande behandling på grund av funktionshinder strider mot skyddet i direktiv 2000/78 endast i den mån det utgör diskriminering i den mening som avses i artikel 2.1 i det direktivet. Frågan uppkom därför huruvida den nationella bestämmelse som var aktuell i det nationella målet kunde medföra diskriminering av personer med funktionshinder (punkt 71).
- Domstolen påpekade i) att medlemsstaterna tillerkänns ett stort utrymme för skönsmässig bedömning inte bara vid valet av vilket konkret social- eller sysselsättningspolitiskt mål som ska eftersträvas, utan även vid fastställandet av vilka åtgärder som är lämpliga för att uppnå detta mål (punkt 81) och ii) att främjande av sysselsättning otvivelaktigt är ett berättigat mål för medlemsstaternas social- eller sysselsättningspolitik och att detta ska gälla även arbetsmarknadspolitiska insatser som syftar till att öka chanserna för en viss kategori arbetstagare att ta sig in på arbetsmarknaden. En åtgärd som gynnar en mer flexibel arbetsmarknad kan på samma sätt anses vara en arbetsmarknadspolitisk åtgärd (punkt 82).
- Härav följde att det i princip kunde anses att mål av det slag som hade åberopats av den danska regeringen, såsom föreskrivs i artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78, inom ramen för nationell rätt, motiverar en sådan särbehandling på grund av funktionshinder som den som föreskrevs i den aktuella nationella lagbestämmelsen (punkt 83).

56. Efter att sålunda ha fastställt att denna bestämmelse eftersträvade mål som i princip kunde vara berättigade enligt artikel 2.2 b i, övergick domstolen till att pröva huruvida de åtgärder som vidtagits för att genomföra dessa mål var proportionerliga. Den framhöll återigen medlemsstaternas stora utrymme för skönsmässig bedömning på området och påpekade att det inte framstod som orimligt att medlemsstaterna finner den aktuella nationella bestämmelsen vara lämplig för att uppnå de ovan beskrivna målen (punkt 87).

57. Domstolen slog vidare fast följande:

- Det kunde medges att en bestämmelse som innebar att en arbetsgivare hade rätt att säga upp en arbetstagare med en kortare uppsägningstid när denne hade varit sjukskriven under en period som i det fallet översteg 120 dagar, kunde uppmuntra arbetsgivarna att anställa och ge fortsatt anställning åt arbetstagare (punkt 88).
- Vid prövningen av huruvida en sådan bestämmelse gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå de eftersträvade målen skulle denna bestämmelse bedömas utifrån det sammanhang i vilket den ingick med beaktande av den skada den kunde innebära för de berörda personerna (punkt 89).

²⁹ Se punkterna 26, 72, 78 och 79 i domen.

³⁰ Se dom av den 11 juli 2006 (C-13/05, EU:C:2006:456, punkt 48).

- Det ankom på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den nationella lagstiftaren, när denne eftersträvade de berättigade målen att å ena sidan gynna anställning av sjuka personer, och å andra sidan göra en rimlig avvägning mellan arbetstagarens och arbetsgivarens motsatta intressen med avseende på sjukskrivning, hade underlåtit att beakta relevanta omständigheter som särskilt berör funktionshindrade arbetstagare (punkt 90). Man ska inte bortse från den risk som personer med funktionshinder löper. De har i allmänhet större svårigheter än andra arbetstagare att åter etablera sig på arbetsmarknaden och har särskilda behov av skydd på grund av sitt tillstånd (punkt 91).

58. Vilka slutsatser går det att dra av den domen med avseende på förevarande mål?

59. För det första anser jag att det, vid fastställandet av huruvida den aktuella nationella bestämmelsen eftersträvar ett berättigat mål, inte är nödvändigt att detta mål anges uttryckligen i bestämmelsen. Även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida målet med bestämmelsen verkligen är berättigat, utgör dess (eventuella) uttryckliga eller angivna mål inte en omständighet som den hänskjutande domstolen måste beakta. Varken i domen HK Danmark³¹ eller i förevarande mål tycks det ha funnits en sådan hänvisning i den aktuella nationella lagstiftningen.³²

60. För det andra var målet med den bestämmelse som var aktuell i domen HK Danmark³³ att uppmuntra arbetsgivarna att anställa och ge fortsatt anställning åt arbetstagare som i högre grad riskerade att bli sjukskrivna. Domstolen tycks utan svårighet ha dragit slutsatsen att ett sådant mål kunde vara berättigat, eftersom det kunde främja sysselsättning.³⁴ I förevarande mål är det mål som den spanska regeringen hänvisade till vid antagandet av den aktuella lagstiftningen att bekämpa ogiltig frånvaro från arbetet, ett problem som den hävdar utgör ett stort bekymmer i den medlemsstaten.³⁵ Bestämmelsen syftar därigenom till att göra en avvägning mellan arbetsgivarnas och de anställdas intressen av att säkerställa att företagen kan upprätthålla sin produktivitet och att arbetstagare inte sägs upp utan saklig grund. Såsom kommissionen har påpekat, kan den omständigheten att förteckningen över sådan frånvaro som är undantagen omfattar sjukdomar som troligen inte är återkommande anses ge stöd för ståndpunkten att bestämmelsen är inriktad på ogiltig frånvaro från arbetet.³⁶ Enligt min mening kan det också anses utgöra ett berättigat mål att bekämpa ogiltig frånvaro på arbetsplatsen när det finns bevis för att sådan frånvaro orsakar ekonomisk skada både på nationell nivå och för arbetsgivare som drabbas av följderna av denna.

31 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

32 Jag vill faktiskt påpeka att i dom av den 30 april 2014, Pflieger m.fl. (C-390/12, EU:C:2014:281), där den aktuella nationella lagstiftningen var betydligt mer tydlig vad beträffar de uppfattade missförhållanden som den avsåg att bekämpa (i det fallet spelberoende), slog EU-domstolen ändå fast att det ankom på den nationella domstolen att göra en egen bedömning av omständigheterna kring antagandet och tillämpningen av lagstiftningen (se, särskilt, punkt 52 i domen).

33 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

34 Även om den hänskjutande domstolen i sitt beslut om hänskjutande har uppgett att den aktuella danska lagstiftningen var en del av en integrationspolitik för arbetstagare med funktionshinder, finns det inget i EU-domstolens dom som egentligen bekräftar den saken. Det är riktigt att det i punkt 14 påpekas att en sådan politik finns i den nationella lagstiftning varigenom direktiv 2000/78 har införlivats, men det görs inte gällande att de två uppsättningarna av bestämmelser har ett samband. I punkt 78 framhålls den danska regeringens uppfattning vad gäller syftet med den nationella bestämmelse som tillåter uppsägning med en kortare uppsägningstid: denna uppfattning syftar på arbetstagare i allmänhet som ”i högre grad riskerar att vara sjukskrivna”, och inte specifikt på arbetstagare med funktionshinder. I punkt 85 anges visserligen nämnda regerings argument att den aktuella bestämmelsen möjliggör anställning och fortsatt anställning av i synnerhet arbetstagare med funktionshinder, men detta var avsett att återspegla lagstiftningens resultat och inte dess mål.

35 Vid förhandlingen uppgav den spanska regeringen att under år 2016 hade i genomsnitt 5,67 procent av den förvärvsarbetande befolkningen varit frånvarande från arbetet varje dag, vilket resulterade i ett bortfall av produktionen av varor och tjänster motsvarande 5,63 procent av bruttonationalprodukten.

36 Se punkt 7 ovan.

61. Vad beträffar frågan huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är proportionerlig, anser jag att det finns två specifika linjer som kan isoleras i domstolens resonemang som har sammanfattats i punkterna 56 och 57 ovan. För det första är den hänskjutande domstolen skyldig att göra en avvägning för att fastställa huruvida den aktuella bestämmelsen är lämplig, med hänsyn både till arbetsgivarnas och deras funktionshindre arbetstagares, eller potentiella arbetstagares, intressen. För det andra måste nämnda domstol beakta medlemsstaternas stora utrymme för skönsässig bedömning på området.

62. Förekomsten av den andra av dessa omständigheter gör det svårt att ge den hänskjutande domstolen något annat än mycket allmän vägledning – kanske mindre vägledning än vad nämnda domstol skulle önska, måste jag medge. Arbetsgivarens intressen tycks faktiskt beaktas i den aktuella bestämmelsen, medan det däremot finns mindre material vid domstolen vad beträffar de funktionshindre arbetstagarnas intressen, förutom det uttalande som det har hänvisats till i punkt 60 ovan att ”arbetstagare inte [ska sägas] upp utan saklig grund”. I detta allmänna sammanhang vill jag påpeka att den nationella bestämmelse som var i fråga i målet HK Danmark³⁷ föreskrev att en arbetsgivare hade rätt att säga upp en anställd när frånvaron inom en period av tolv på varandra följande månader uppgick till sammanlagt 120 dagar. Den bestämmelse som är i fråga i förevarande mål är mer komplicerad. Det framgår dock att de tillåtna frånvaroperioderna enligt denna bestämmelse under alla förhållanden troligen är mindre generösa än vad de var enligt den danska bestämmelsen.

63. Det betyder inte i sig att dessa bestämmelser är oproportionerliga. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida bestämmelserna är så brett utformade att de kan omfatta frånvaro som endast är tillfällig och sporadisk – i sådant fall anser jag att det står klart att de inte är proportionerliga – eller huruvida de på lämpligt sätt är anpassade till att tillgodose målet att bekämpa ogiltig frånvaro från arbetet. Den hänskjutande domstolen ska även beakta den omständigheten att det framgår att den danska ordningen föreskrev att en arbetsgivare skulle få ersättning, åtminstone delvis, för sjuklön som betalats ut till arbetstagarna,³⁸ medan däremot den tillämpliga spanska lagstiftningen inte föreskriver detta: arbetsgivaren är snarare tvungen, åtminstone till en väsentlig del, att betala för sådan frånvaro ur egen ficka.³⁹ Dessa omständigheter behöver inte i sig vara avgörande vid den hänskjutande domstolens bedömning av saken. De kommer enbart att utgöra faktorer som ska tas i beaktande vid bedömningen av samtliga relevanta aspekter av frågeställningen. Den väsentliga frågan här är huruvida bestämmelsen är lämplig och nödvändig, en fråga som det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra. Jag vill framhålla att jag inte uttrycker någon slutgiltig ståndpunkt i den frågan.

64. Jag anser därför att den andra delen av svaret på den hänskjutande domstolens fråga ska vara följande. Vid bedömningen av om man ska tillåta en nationell bestämmelse som i) tillåter att en arbetsgivare säger upp en arbetstagare som ska anses ha ett funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 ii) på grund av arbetstagarens frånvaro från arbetet till följd av funktionshindret och iii) fastställer en gräns eller en rad gränser som sådan frånvaro måste överskrida för att uppsägningen ska vara giltig, är det nödvändigt att beakta de kriterier som har uppställts i punkterna 71–91 i domstolens dom HK Danmark.⁴⁰ I det avseendet kan en nationell bestämmelse som syftar till att bekämpa ogiltig frånvaro på arbetsplatsen, när det finns bevis för att sådan frånvaro orsakar ekonomisk skada både på nationell nivå och för arbetsgivare som drabbas av följderna av denna, anses utgöra ett berättigat mål enligt artikel 2.2 b i) i direktivet. Vad beträffar frågan huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är proportionerlig, ska den hänskjutande domstolen bedöma

37 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

38 Se dom av den 11 april 2013, HK Danmark (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222, punkterna 19 och 86). Det framgår att ersättningen var begränsad till 52 veckor och att beloppet var lägre än den lön som faktiskt betalades ut av arbetsgivaren.

39 Enligt kommissionen är den tillämpliga huvudregeln att arbetstagaren inte får någon lön för de tre första dagarnas frånvaro, varvid arbetsgivaren är skyldig att betala lönekostnader med en procentsats på 60 procent för de kommande 12 dagarna, och därefter ingriper staten. Dessutom är spanska arbetsgivare i de flesta fall skyldiga att vid uppsägning betala 20 dagars lön för varje tjänsteår upp till högst en årslön.

40 Dom av den 11 april 2013 (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222).

lagstiftningen utifrån det sammanhang i vilket den ingår med beaktande av den skada som den kan innebära för de berörda personerna. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida de frånvaroperioder som föreskrivs i denna lagstiftning är så brett utformade att de kan omfatta frånvaro som endast är tillfällig och sporadisk – i sådant fall är de inte proportionerliga – eller huruvida de på lämpligt sätt är anpassade till att tillgodose målet att bekämpa ogiltig frånvaro från arbetet. Frågan i vilken omfattning arbetsgivaren ska stå för lön under sjukskrivningen kan också vara relevant. Ingen av dessa omständigheter är dock i sig avgörande. Den väsentliga frågan är huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är lämplig och nödvändig, en fråga som det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

Förslag till avgörande

65. Mot bakgrund av det ovan anförda, anser jag att den fråga som har ställts av Juzgado de lo Social No 1 Cuenca (Arbetsdomstol nr 1 i Cuenca) (Spanien) ska besvaras enligt följande:

- Vid bedömningen av huruvida rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet är tillämpligt på uppsägningen av en arbetstagare under omständigheter som kan utgöra indirekt diskriminering enligt direktivet, är det först nödvändigt att bedöma huruvida artiklarna 2.2 b ii och 5 i direktivet är tillämpliga. När en arbetstagare har ett funktionshinder och arbetsgivaren antingen vet om eller rimligen borde ha känt till detta funktionshinder, är arbetsgivaren skyldig att vidta lämpliga åtgärder för att rimliga anpassningsåtgärder ska vidtas enligt artikel 5 i direktivet, såvida inte detta medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Eventuell underlåtenhet att göra detta kommer att medföra att arbetstagarens uppsägning strider mot kraven i direktivet.
- Vid bedömningen av om man ska tillåta en nationell bestämmelse som i) tillåter att en arbetsgivare säger upp en arbetstagare som ska anses ha ett funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 ii) på grund av arbetstagarens frånvaro från arbetet till följd av funktionshindret och iii) fastställer en gräns eller en rad gränser som sådan frånvaro måste överskrida för att uppsägningen ska vara giltig, är det nödvändigt att beakta de kriterier som har uppställts i punkterna 71–91 i domstolens dom av den 11 april 2013, HK Danmark (C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222). I det avseendet kan en nationell bestämmelse som syftar till att bekämpa ogiltig frånvaro på arbetsplatsen, när det finns bevis för att sådan frånvaro orsakar ekonomisk skada både på nationell nivå och för arbetsgivare som drabbas av följderna av denna, anses utgöra ett berättigat mål enligt artikel 2.2 b i) i direktivet. Vad beträffar frågan huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är proportionerlig, ska den hänskjutande domstolen bedöma lagstiftningen utifrån det sammanhang i vilket den ingår med beaktande av den skada den kan innebära för de berörda personerna. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida de frånvaroperioder som föreskrivs i denna lagstiftning är så brett utformade att de kan omfatta frånvaro som endast är tillfällig och sporadisk – i sådant fall är de inte proportionerliga – eller huruvida de på lämpligt sätt är anpassade till att tillgodose målet att bekämpa ogiltig frånvaro från arbetet. Frågan i vilken omfattning arbetsgivaren ska stå för lön under sjukskrivningen kan också vara relevant. Ingen av dessa omständigheter är dock i sig avgörande. Den väsentliga frågan är huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är lämplig och nödvändig, en fråga som det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.