



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
ELEANOR SHARPSTON  
föredraget den 26 april 2018<sup>1</sup>

**Mål C-41/17**

**Isabel González Castro**  
**mot**  
**Mutua Umivale**  
**Prosegur España SL**  
**Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Överdomstolen i den autonoma regionen Galicien) (Spanien))

”Socialpolitik – Skydd för arbetstagarnas säkerhet och hälsa – Direktiv 92/85/EEG – Artikel 7 – Huruvida ”nattarbete” omfattar skiftarbete när den berörda arbetstagaren utför arbete nattetid – Ammande arbetstagare – Bedömning av arbetsförhållandena som ifrågasatts av den berörda arbetstagaren – Artikel 19.1 i direktiv 2006/54/EG – Bevisbörda – Likabehandling – Könsdiskriminering”

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande har Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Överdomstolen i den autonoma regionen Galicien, Spanien) sökt vägledning av EU-domstolen beträffande innebörden av begreppet ”nattarbete” i direktiv 92/85/EEG om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar.<sup>2</sup> Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida en ammande mor som arbetar skift enligt ett avtal där vissa timmar utförs nattetid åtnjuter särskilt skydd enligt detta direktiv. Den hänskjutande domstolen söker även klarhet i huruvida direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet<sup>3</sup> är tillämpligt för det fall att den berörda arbetstagaren bestrider ett beslut om att inte bevilja henne ledighet för att amma sitt barn samt ersättning för denna period. Vissa bestämmelser i det direktivet innebär att bevisbördan övergår på arbetsgivaren (eller i förekommande fall till den behöriga myndigheten) på vilken det ankommer att bevisa att det inte har skett någon diskriminering i det aktuella fallet.

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

<sup>2</sup> Rådets direktiv av den 19 oktober 1992 (EGT L 348, 1992, s. 1; svensk specialutgåva område 5, volym 6 s. 3).

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 5 juli 2006 (EUT L 204, 2006, s. 23). Se vidare punkterna 12–17 nedan.

## Unionsrätt

### *Direktiv 89/391*

2. Direktiv 89/391/EEG om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet<sup>4</sup> är ett ramdirektiv. I detta direktiv definieras "förebyggande" som "alla mått och steg som vidtas eller planeras i något skede av verksamheten för att förebygga eller minska risker i arbetet".<sup>5</sup> I avsnitt II fastställs arbetsgivarnas skyldigheter, vilka omfattar en skyldighet att svara för att arbetstagarens säkerhet och hälsa tryggas i alla avseenden som är förbundna med arbetet.<sup>6</sup> I direktivet anges att särskilt utsatta riskgrupper ska skyddas mot de faror som speciellt berör dem<sup>7</sup> och unionslagstiftaren bemyndigas att anta särdirektiv för att främja förbättringar av arbetsmiljön vad gäller arbetstagarnas säkerhet och hälsa.<sup>8</sup>

### *Direktiv 92/85*

3. Direktiv 92/85 antogs inom ramen för direktiv 89/391. I skälen anges att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar utgör en särskilt utsatt riskgrupp.<sup>9</sup> Skydd av säkerhet och hälsa för sådana arbetstagare och arbetstagare får inte leda till en ogynnsam behandling av kvinnor på arbetsmarknaden eller stå i strid med direktiven om lika behandling för kvinnor och män.<sup>10</sup> Vissa slags arbetsuppgifter kan medföra en särskild risk för sådana arbetstagare. Dessa risker måste bedömas, och resultatet av denna bedömning måste meddelas de berörda arbetstagarna.<sup>11</sup> Om resultatet av denna bedömning visar att risker föreligger för kvinnliga arbetstagare bör åtgärder vidtas till skydd för dessa arbetstagare.<sup>12</sup> Åtgärder bör vidtas för att säkerställa att denna grupp av arbetstagare inte ska kunna åläggas nattarbete, när hänsyn till deras säkerhet och hälsa kräver detta.<sup>13</sup>

4. I artikel 1.1 i direktiv 92/85 anges att det direktivet syftar till att "åtgärder skall införas som främjar säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar".

5. Följande definitioner fastställs i artikel 2:

- "a) *gravid arbetstagare*: gravid arbetstagare, som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis,
- b) *arbetstagare som nyligen har fött barn*: arbetstagare som nyligen har fött barn enligt definitionen i nationell lagstiftning eller praxis och som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis,
- c) *arbetstagare som ammar*: arbetstagare som ammar enligt definitionen i nationell lagstiftning eller praxis och som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis."

4 Rådets direktiv av den 12 juni 1989 (EGT L 183, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146).

5 Artikel 3.d.

6 Artikel 5.1.

7 Artikel 15.

8 Artikel 16.1.

9 Åttonde skälet.

10 Nionde skälet.

11 Tionde skälet.

12 Elfte skälet.

13 Trettonde skälet.

6. Enligt artikel 3.1 har kommissionen utarbetat riktlinjer bland annat för bedömningen av fysikaliska agenser som anses medföra risker för säkerhet och hälsa för de arbetstagare som avses i artikel 2.<sup>14</sup> I artikel 3.1 andra stycket anges att "[riktlinjerna även] skall ... omfatta arbetsrörelser och arbetsställningar, psykisk och fysisk uttröttnings och andra former av psykiska och fysiska påfrestningar i samband med de arbetsuppgifter som utförs av de arbetstagare som avses i artikel 2". I artikel 3.2 anges att riktlinjerna ska vara vägledande vid den bedömning som avses i artikel 4.

7. I artikel 4.1 anges att arbetsgivaren ska bedöma arten, graden och varaktigheten av den exponering som arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 utsätts för inom företaget eller verksamheten i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra särskild risk för exponering för agenser, processer eller arbetsförhållanden enligt den icke-uttömmande förteckningen i bilaga 1.<sup>15</sup> Syftet med denna bedömning är att bedöma varje risk för säkerhet och hälsa och varje möjlig inverkan på bland annat amning för den berörda arbetstagaren, samt avgöra vilka åtgärder som bör vidtas. Enligt artikel 4.2 ska den berörda arbetstagaren informeras om resultaten av den bedömningen och om samtliga åtgärder som skall vidtas med avseende på säkerhet och hälsa i arbetet.

8. I artikel 5 anges vilka åtgärder som ska vidtas med anledning av resultatet av bedömningen enligt artikel 4, om den bedömningen visar att det föreligger en risk för säkerhet och hälsa, eller en inverkan på graviditet eller amning för någon arbetstagare. I det fallet ska arbetsgivarna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att denna risk undanröjs genom en tillfällig ändring av arbetsförhållandena eller arbetstiderna för arbetstagaren i fråga (artikel 5.1). Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att göra en sådan ändring, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, ska arbetsgivaren vidta nödvändiga åtgärder för att ge arbetstagaren i fråga andra arbetsuppgifter (artikel 5.2). Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, ska arbetstagaren i fråga beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda hennes säkerhet och hälsa (artikel 5.3).

9. I artikel 7, med rubriken "Nattarbete", föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de arbetstagare som avses i artikel 2 inte åläggs nattarbete under graviditetstiden och en period efter förlossningen som skall fastställas av den nationella arbetarskyddsmyndigheten, under förutsättning att arbetstagaren i fråga kan uppvisa ett läkarintyg enligt det förfarande som respektive medlemsstat har fastställt som styrker att detta är nödvändigt med hänsyn till hennes säkerhet och hälsa.

2. De åtgärder som avses i punkt 1 skall ge möjlighet, enligt nationell lagstiftning eller praxis, till

- a) övergång till arbete på dagtid, eller
- b) arbetsledighet eller förlängd barnledighet, om en sådan arbetstidsändring inte är möjlig av tekniska eller andra objektiva skäl eller inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl."

10. För att garantera de rättigheter som tillkommer arbetstagare som åtnjuter skydd enligt direktiv 92/85 i de fall där bland annat den bedömning som gjorts enligt artikel 4 visar att det föreligger en risk och ytterligare åtgärder ska vidtas enligt artikel 5, eller i de fall där artikel 7 i det direktivet är tillämplig, föreskrivs i artikel 11.1 att medlemsstaterna ska vidta åtgärder till skydd för arbetstagare även i fråga om bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning.

<sup>14</sup> Se meddelandet från kommissionen om riktlinjer för bedömning av kemiska, fysikaliska och biologiska agenser och industriprocesser, som anses innebära en risk för hälsa eller säkerhet för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (KOM (2000) 466 slutlig) (nedan kallade riktlinjerna).

<sup>15</sup> Förteckningen i bilaga I inbegriper fysikaliska, biologiska och kemiska agenser, processer och arbetsförhållanden. Under arbetsförhållanden förtecknas endast "Gruvarbete under jord."

### **Direktiv 2003/88**

11. Direktiv 2003/88/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden<sup>16</sup> innehåller följande definition:

*”natt:* varje period om minst sju timmar, bestämd enligt nationell lagstiftning, som omfattar perioden mellan midnatt och 05.00.”

... ”<sup>17</sup>

### **Direktiv 2006/54**

12. I skälen till direktiv 2006/54 anges bland annat följande. Det framgår tydligt av domstolens praxis att ogynnsam behandling av kvinnor som är relaterad till havandeskap eller moderskap utgör direkt könsdiskriminering.<sup>18</sup> Nämnda direktiv bör därför uttryckligen omfatta sådan behandling. Domstolen har konsekvent framhållit att det i fråga om principen om likabehandling är legitimt att skydda kvinnans fysiska tillstånd under och efter graviditet, samt att vidta åtgärder för moderskapsskydd som ett sätt att uppnå faktisk jämställdhet. Direktiv 2006/54 bör därför inte påverka tillämpningen av direktiv 92/85.<sup>19</sup> Slutligen är "[a]ntagandet av reglerna om bevisbörda ... viktigt för att säkra att principen om likabehandling upprätthålls i praktiken. Domstolen har förklarat att bestämmelser därför bör antas för att se till att bevisbördan övergår på svaranden när det föreligger ett prima facie-fall av diskriminering, utom vid sådana förfaranden där det åligger domstolen eller annat behörigt nationellt organ att utreda fakta. Det måste dock klargöras att bedömning av fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering även fortsättningsvis är en fråga för det berörda nationella organet i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis. Medlemsstaterna har dessutom möjlighet att på alla stadier av förfarandet införa bevisregler som är fördelaktigare för käranden.”<sup>20</sup>

13. I artikel 1 föreskrivs att syftet med direktivet är att "säkerställa att principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet genomförs".

14. Direkt diskriminering föreligger enligt artikel 2.1 a "när en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation". Enligt artikel 2.1 b föreligger indirekt diskriminering "när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga". I artikel 2.2 c avses med diskriminering "varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller barnledighet i den mening som avses i direktiv [92/85]".

15. Genom artikel 14.1 uppställs ett förbud mot könsdiskriminering i fråga om bland annat anställnings- och arbetsvillkor (artikel 14.1 c).

<sup>16</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 4 november 2003 (EUT L 299, 2003, s. 9).

<sup>17</sup> Artikel 2.3.

<sup>18</sup> Skäl 23.

<sup>19</sup> Skäl 24.

<sup>20</sup> Skäl 30.

16. I artikel 19 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att se till att svaranden är skyldig att bevisa att det inte föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen när personer, som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig myndighet lägger fram sådana fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering.

2. Punkt 1 skall inte förhindra att medlemsstaterna inför bevisregler som är fördelaktigare för käranden.

...

4. Punkterna [1 och 2] ... skall även tillämpas på

a) de förhållanden som avses i ..., i den mån det förekommer könsdiskriminering, [direktiv 92/85] ...”

17. Enligt dess artikel 28 ska direktiv 2006/54 inte påverka bestämmelser (i unionsrätten och nationella bestämmelser) om skydd för kvinnor, särskilt beträffande graviditet och moderskap. Det anges också särskilt att direktiv 2006/54 inte ska påverka, bland annat, direktiv 92/85.

### Spansk rätt

18. Artikel 26 i Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (lag 31/1995 om förebyggande av arbetsmiljörisker, av den 8 november 1995) (nedan kallad LPRL) har följande lydelse:

”1. Bedömningen av de risker [för arbetstagarnas säkerhet eller hälsa] som avses i artikel 16 i denna lag ska innefatta arten, graden och varaktigheten av gravida eller nyligen förlösta arbetstagares exponering för agenser, processer eller arbetsförhållanden som kan äventyra arbetstagarens eller fostrets hälsa i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra en särskild risk. Om resultatet av bedömningen visar på en risk för säkerhet och hälsa, eller en möjlig inverkan på graviditet eller amning för nämnda arbetstagare, ska arbetsgivaren vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att denna risk undanröjs genom en tillfällig ändring av arbetsförhållandena eller arbetstiden för den berörda arbetstagaren.

Vid behov ska sådana åtgärder bestå i att arbetstagaren befrias från nattarbete eller skiftarbete.

2. Om medicinska rådgivare vid (Instituto Nacional de la Seguridad Social) (nationella myndigheten för social trygghet, Spanien (nedan kallad INSS)), eller ett auktoriserat försäkringsbolag, beroende på vilken aktör arbetsgivaren har valt för täckning av yrkesansvarsrisker, intygar, med stöd av utlåtandet från den läkare vid Servicio Nacional de Salud (Nationella hälso- och sjukvårdsmyndigheten, Spanien) som behandlar den gravida arbetstagaren, att det inte är möjligt att ändra arbetstagarens arbetsförhållanden eller arbetstid eller att arbetsförhållandena för en viss tjänst, trots en sådan ändring, kan skada arbetstagarens eller fostrets hälsa, ska arbetstagaren omplaceras till ett annat arbete eller ges andra arbetsuppgifter som går att förena med graviditeten. För detta ändamål ska arbetsgivaren, efter samråd med arbetstagarrepresentanterna, upprätta en förteckning över riskfria arbeten.

Bytet av arbete eller arbetsuppgifter ska ske i enlighet med reglerna och villkoren för jobbbrörlighet, och ska gälla fram till dess att den gravida arbetstagarens hälsa medger att hon återgår till sitt tidigare arbete.

...

3. Om det inte är tekniskt eller objektivt möjligt att omplacera arbetstagaren till ett annat arbete eller om en sådan omplacering inte rimligen kan krävas av godtagbara skäl, får arbetsgivaren bestämma att hon ska ta ledigt på grund av risk för graviditetspåverkan, i enlighet med artikel 45.1 d (i Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (kungligt lagstiftningsdekret 1/1995 om antagande av den konsoliderade versionen av lagen om arbetstagares ställning) av den 24 mars 1995), så länge som det bedöms nödvändigt för att skydda arbetstagarens säkerhet och hälsa och så länge som det är omöjligt för henne att återgå till sitt tidigare arbete eller tillträda ett annat arbete som är förenligt med hennes tillstånd.

4. Punkterna 1 och 2 i denna artikel ska även tillämpas under amningsperioden, om medicinska rådgivare vid [INSS] eller ett auktoriserat försäkringsbolag, beroende på vilken aktör arbetsgivaren har valt för täckning av yrkesansvarsrisker, intygar, med stöd av utlåtandet från den läkare vid Nationella hälso- och sjukvårdsmyndigheten som behandlar arbetstagaren eller hennes barn, att arbetsförhållandena kan skada arbetstagarens eller barnets hälsa. Arbetsgivaren får även besluta att arbetstagaren ska ta ledigt på grund av risk för amningen av barn som är yngre än nio månader, i enlighet med artikel 45.1 d i [kungligt lagstiftningsdekret 1/1995], om villkoren i punkt 3 i denna artikel är uppfyllda.”

19. Enligt spansk rätt har en arbetstagare rätt till ledighet på grund av risker under amningsperioden, med en tillhörande social trygghetsförmån, endast om det har visats att sådana risker föreligger och att det inte är möjligt att ändra arbetsförhållandena eller omplacera arbetstagaren till en annan befattning.

20. Den hänskjutande domstolen har uppgett att enligt fast rättspraxis från Tribunal Supremo (Högsta domstolen, Spanien) avseende skiftarbete och nattarbete kan arbetsrytm inte automatiskt anses utgöra riskfaktorer för amningen. Den har emellertid slagit fast att sådana risker kan anses föreligga när arbetstiderna inte är förenliga med barnets normala mattider. Detta gäller dock under förutsättning att den omständigheten att modern inte kan amma barnet direkt inte kan avhjälpas genom att modern pumpar bröstmjölk, varvid det i vilket fall som helst måste visas att det i det enskilda fallet inte är lämpligt för modern eller barnet att använda denna metod.

21. I processrättsligt avseende har artikel 96 i Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social (lag 36/2011 om domstolar med behörighet i arbetsrättsliga mål och socialförsäkringsmål) av den 10 oktober 2011 följande rubrik ”Bevisbörda i mål om diskriminering och vid arbetsolyckor”. Genom artikel 96.1 har artikel 19.1 i direktiv 2006/54 införlivats med spansk rätt genom att föreskriva att i de fall där en person som anser sig förfördelad på grund av att likabehandlingsprincipen har åsidosatts lägger fram sådana fakta som ger anledning att anta att det har förekommit diskriminering, bland annat på grund av kön, övergår bevisbördan på motparten.

### **Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna**

22. Isabel González Castro var anställd som säkerhetsvakt av Prosegur España, SL. Den 8 november 2014 födde hon en son, som hon ammade. Från mars 2015 arbetade hon i köpcentret As Termas i Lugo (Spanien).<sup>21</sup> Hon arbetade enligt ett varierande roterande arbetsschema med 8-timmarsskift. På hennes arbetsplats utfördes säkerhetstjänsterna av åtminstone två säkerhetsvakter, med undantag för följande skift då endast en säkerhetsvakt var i tjänst: måndag till torsdag från midnatt till 08.00, fredagar från 02.00 till 08.00, lördagar från 03.00 till 08.00, och söndagar från 01.00 till 08.00.

<sup>21</sup> I det följande kommer den period som startade i mars 2015 när Isabel González Castro arbetade som säkerhetsvakt för Prosegur España och ammande sin son att kallas för tidpunkten för de i målet aktuella omständigheterna.

23. Av de handlingar som den hänskjutande domstolen har gett in framgår att Isabel González Castro den 3 mars 2015 erhöll ett intyg från social- och hälsovårdsmyndighetens barnläkaravdelning avseende risker under amningsperioden, som bekräftade att hon faktiskt ammade sin son. Den 3 mars 2015 skickade arbetsgivarens försäkringsbolag, Mutua Umivale, en skrivelse med ett standardformulär till Prosegur España, varigenom begäran om ersättning under graviditeten eller amningsperioden avlogs "av det skälet att det inte förelåg någon risk". Isabel González Castro fyllde i ett formulär med rubriken "Ansökan om ett läkarintyg av vilket det framgår att det föreligger risker under amningsperioden" av den 9 mars 2015 som hon lämnade till sin arbetsgivare. I standardformuleringen i formuläret angavs att "Det läkarintyg som ansökan avser kommer i ditt fall att motivera en omplacering till en annan tjänst eller en ändring av det arbete som du utför. Endast om detta inte sker av de skäl som anges i lag kommer du att retroaktivt beviljas ersättning för risker under graviditeten eller amningsperioden". Den 13 mars 2015 fyllde Prosegur Españas ombud i ett formulär med rubriken "Intyg om betalning av arbetsgivaravgifter i samband med ansökan om ersättning vid risker under amningsperioden", där det angavs att Isabel González Castro var anställd som säkerhetsvakt och att hon skulle gå ronder på området och i förekommande fall hantera akuta händelser och att hennes arbetsförhållanden inte påverkade amningen.<sup>22</sup>

24. Mutua Umivale gjorde en formell granskning av Isabel González Castros ansökan om läkarintyg. Den 17 mars 2015 avlog Mutua Umivale Isabel González Castros ansökan om ett läkarintyg med motiveringen att det mot bakgrund av de uppgifter som arbetstagaren hade lämnat inte fanns några risker med hennes arbete som kunde vara skadliga. I de handlingar som bifogats den skrivelsen hänvisades i stor utsträckning till den handbok som spanska barnläkarföreningen utarbetat för INSS, "Riktlinjer för bedömning av arbetsrelaterade risker under amningsperioden" (nedan kallad Spanska barnläkarföreningens handbok), där det angavs att "nattarbete och skiftarbete inte *i sig* medför en *uppenbar* risk för amning, även om dessa arbetsformer kan innebära att det blir besvärligare att amma föreligger ingen risk för att amningen kommer att störas om de rekommendationer som vi har gett följs".<sup>23</sup>

25. Den 24 april 2015 bestred Isabel González Castro Mutua Umivales avslag. Hennes ansökan avlogs av Mutua Umivale genom skrivelse av den 4 maj 2015 med motiveringen att det inte förelåg någon risk på Isabel González Castro arbetsplats som äventyrar barnets hälsa. Den 4 augusti 2015 ingav Mutua Umivale ett läkarutlåtande som hade undertecknats av Dr Maria Renau Escudero. I detta utlåtande hänvisades till det intyg från barnläkaravdelningen som hon hade lämnat in och de uttalanden som hennes arbetsgivare hade gjort om att "varken hennes anställningsförhållanden eller hennes arbetsuppgifter som säkerhetsvakt påverkade amningen." I läkarutlåtandet hänvisades även till den spanska barnläkarföreningens handbok. I detta utlåtande drogs slutsatsen att det inte förelåg någon risk för den berörda arbetstagaren som påverkade amningen. Isabel González Castro väckte talan mot avslagsbeslutet vid Juzgado de lo Social n.º 3 de Lugo (Arbetsdomstol nr 3 i Lugo). Denna domstol ogillade talan med motiveringen att det av rättspraxis från Tribunal Supremo (Högsta domstolen) och av den spanska barnläkarföreningens handbok framgick att varken skiftarbete eller nattarbete utgör risker under amningsperioden. Isabel González Castro har överklagat denna dom till den hänskjutande domstolen.

26. Isabel González Castro anser att det i hennes fall förelåg risker under den period då hon ammade sin son av följande tre skäl: i) själva innehållet i de arbetsuppgifter som en säkerhetsvakt utför (den fara och stress som arbetet innebär), ii) det förhållandet att hon utför arbetet i skift, ibland nattetid och ensam, och iii) det förhållandet att det inte är möjligt att amma på arbetsplatsen, eftersom det inte finns en plats avsedd för detta ändamål och hon inte kan lämna sin arbetsplats för att amma. Mutua Umivale (försäkringsgivaren) hävdar att Isabel González Castros arbete inte medförde en verklig risk

<sup>22</sup> I punkt 3 i det formuläret uppgav Prosegur España att den hade försökt anpassa Isabel González Castros arbetsförhållanden genom att omplacera henne till en annan tjänst, men att en sådan omplacering inte var möjlig av det skälet att hennes arbetsförhållanden inte kunde påverka amningen.

<sup>23</sup> Min kursivering.

under amningsperioden, utan endast en "svårighet" i samband med amningen som uppkommer i vilket arbete som helst. Vidare anser Mutua Umivale att nattarbete och skiftarbete inte i sig medför en uppenbar risk för amningen, "även om dessa arbetsformer kan innebära att det blir besvärligare att amma". Dessa svårigheter och det förhållandet att modern inte kan amma barnet direkt "kan emellertid avhjälpas genom att arbetstagaren pumpar bröstmjölks utanför arbetstid, eftersom mjölken håller sig länge, även i rumstemperatur".

27. Den hänskjutande domstolen har anfört att det inte förelåg någon bevisning för att det fanns ett utrymme på Isabel González Castros arbetsplats där hon kunde amma sin son eller, i förekommande fall, pumpa bröstmjölks, eller att det var möjligt att ändra hennes arbetsförhållanden eller omplacera henne till en annan befattning för att undvika de omständigheter som enligt henne utgör risker under amningsperioden.

28. Mot bakgrund av ovanstående har den hänskjutande domstolen begärt ett förhandsavgörande avseende följande frågor:

- "1. Ska artikel 7 i direktiv 92/85 tolkas så, att nattarbete – som arbetstagare som avses i artikel 2 i direktivet, inbegripet ammande arbetstagare, inte bör åläggas att utföra – inte endast omfattar arbete som till fullo utförs nattetid, utan även skiftarbete där vissa av skiften, som i det nu aktuella fallet, är nattskift?
2. I ett mål som gäller huruvida det finns en risk för en arbetstagare under hennes amningsperiod, ska de särskilda bevisbördereglerna i artikel 19.1 i direktiv 2006/54, som har införlivats med spansk rätt bland annat genom artikel 96.1 i lag 36/2011, tillämpas i förening med villkoren i artikel 5 i direktiv 92/85, som har införlivats med spansk rätt genom artikel 26 i lagen om förebyggande av arbetsmiljörisker, på frågan huruvida arbetstagaren har rätt till ledighet under amningsperioden och, i förekommande fall, den ersättning som enligt den nationella lagstiftningen utbetalas i en sådan risksituation, i enlighet med artikel 11.1 i direktiv 92/85?
3. I ett mål angående huruvida det finns risker under amningsperioden som ger rätt till ledighet enligt artikel 5 i direktiv 92/85, som har införlivats med spansk rätt genom artikel 26 i lagen om förebyggande av arbetsmiljörisker, kan artikel 19.1 i direktiv 2006/54 tolkas så, att följande omständigheter utgör "fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering" av en ammande arbetstagare: i) arbetstagaren arbetar skift som säkerhetsvakt och vissa av skiften är nattskift då hon dessutom arbetar ensam, ii) arbetstagaren går ronder och hanterar i förekommande fall akuta händelser (brott, bränder eller andra incidenter), iii) det saknas bevisning om att det finns en lämplig plats för att amma eller, i förekommande fall, att pumpa bröstmjölks på arbetsplatsen?
4. Om det i ett mål som gäller huruvida det finns risker under amningsperioden som ger rätt till ledighet är styrkt att det föreligger "fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering" enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54, i förening med artikel 5 i direktiv 92/85, som har införlivats med spansk rätt genom artikel 26 i lagen om förebyggande av arbetsmiljörisker, kan det då krävas av en ammande arbetstagare att hon, för att kunna beviljas ledighet enligt den nationella lagstiftningen som införlivar artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 92/85, styrker att det inte är tekniskt eller objektivt möjligt att ändra hennes arbetsförhållanden eller arbetstid eller att detta rimligen inte kan krävas, eller att det inte är tekniskt eller objektivt möjligt att omplacera henne till en annan befattning eller att en sådan omplacering inte rimligen kan krävas? Eller förhåller det sig tvärtom så, att det åligger motparterna (arbetsgivaren och [Mutua Umivale] som ska betala ut den ersättning som är knuten till ledigheten) att styrka dessa omständigheter?"

29. INSS, den tyska regeringen, den spanska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Vid förhandlingen den 22 februari 2018 yttrade sig dessa parter muntligen, med undantag av den tyska regeringen.

## **Bedömning**

### ***Inledande anmärkningar***

30. INSS är av uppfattningen att spansk rätt ger svar på den hänskjutande domstolens frågor. Den anser därför inte att begäran om förhandsavgörande är nödvändig.

31. Enligt min mening tycks de nationella åtgärderna för införlivande av direktiven 92/85, 2003/88 och 2006/54 visserligen ligga inom den hänskjutande domstolens behörighet, men det ankommer på EU-domstolen att tolka de bestämmelser i unionsrätten varigenom dessa nationella bestämmelser har införlivats. Den hänskjutande domstolen önskar i huvudsak få klarhet i huruvida begreppet nattarbete i artikel 7 i direktiv 92/85 ska tolkas mot bakgrund av direktiv 2003/88, och huruvida Isabel González Castros situation omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse. Den hänskjutande domstolen önskar även få klarhet i huruvida direktiv 92/85 ska läsas i förening med direktiv 2006/54. Detta är unionsrättsliga frågor. Det följer för övrigt av fast rättspraxis att behörigheten att avgöra vilka frågor som ska ställas enbart tillkommer den nationella domstolen.<sup>24</sup> Genom att framställa förevarande begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen helt enkelt utövat denna behörighet. Jag delar därför inte INSS uppfattning. Den hänskjutande domstolens frågor ska således prövas.

32. Det är ostridigt att Isabel González Castro var anställd hos Prosegur España och att hon vid tidpunkten för de i målet aktuella omständigheterna ansågs vara ”en arbetstagare som ammar” i den mening som avses i artikel 2 c i direktiv 92/85.<sup>25</sup> Domstolen slog nyligen fast att ”eftersom det förhållandet att en kvinna ammar har ett nära samband med moderskapet och i synnerhet ’med graviditet eller barnledighet’ ska arbetstagare som ammar ges samma skydd som gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn”.<sup>26</sup>

33. Det är även ostridigt att Isabel González Castros har samma arbetsrytm som en arbetstagare som arbetar skift, vilken även omfattar arbete som utförs nattetid.

34. Det ska slutligen påpekas att medlemsstaterna enligt artikel 7 i direktiv 92/85 ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att arbetstagare inte åläggs nattarbete under graviditeten och en period efter förlossningen som ska fastställas av den behöriga nationella myndigheten. Av den hänskjutande domstolens beskrivning av den nationella lagstiftningen i begäran om förhandsavgörande framgår att denna period i Spanien är 9 månader efter förlossningen. Det är ostridigt att Isabel González Castro ansökan om ersättning gjordes under denna period.

### ***Den första frågan***

35. Den hänskjutande domstolen söker genom den första frågan klarhet i huruvida ”nattarbete” i den mening som avses i artikel 7 i direktiv 92/85 omfattar skiftarbete när den berörde arbetstagaren endast arbetar vissa timmar nattetid.

<sup>24</sup> Dom av den 6 mars 2003, Kaba, C-466/00, EU:C:2003:127, punkt 40 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 15 november 2007, International Mail Spain, C-162/06, EU:C:2007:681, punkt 23 och där angiven rättspraxis.

<sup>25</sup> En arbetstagare i den mening som avses i direktiv 92/85 är ett självständigt unionsrättsligt begrepp, se dom av den 11 november 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, punkt 39.

<sup>26</sup> Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 59. Se vidare åttonde skälet i direktiv 92/85.

36. INSS har anfört att det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida Isabel González Castro är nattarbetande enligt nationella bestämmelser och om det finns risker för amningen enligt läkarintyg i enlighet med artikel 7 i direktiv 92/85 och relevanta nationella bestämmelser.

37. Det är visserligen riktigt att det görs en tydlig åtskillnad mellan EU-domstolens och den hänskjutande domstolens funktioner och den sistnämnda är ensam behörig att tolka den nationella lagstiftningen.<sup>27</sup> I ett förfarande enligt artikel 267 FEUF medför emellertid den omständigheten att nationella domstolar och EU-domstolen har olika funktioner att den hänskjutande domstolen, i den utsträckning det är möjligt, är skyldig att tolka den nationella rätten mot bakgrund av ordalydelsen i och syftet med direktiv 92/85 så att det resultat som avses i direktivet uppnås.<sup>28</sup> Det ankommer inte på EU-domstolen att uttala sig om nationella bestämmelsers förenlighet med direktiv 92/85. EU-domstolen är emellertid behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter om unionsrättens tolkning som gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att utöva denna funktion.<sup>29</sup>

38. Tyskland har gjort gällande att artikel 7 i direktiv 92/85 ska tolkas i enlighet med direktiv 2003/88. Den medlemsstaten har anfört att "nattarbete" omfattar skiftarbete där vissa arbetstider är förlagda nattetid. Spanien har anfört att skiftarbete som utförs nattetid omfattas av begreppet nattarbete, men det betyder inte att ett sådant arbete innebär en inneboende risk för ammande arbetstagare. Kommissionen har gjort gällande att nattarbete inte enbart omfattar arbete som helt utförs nattetid, utan även skiftarbete som åtminstone delvis utförs nattetid.

39. Jag delar kommissionens uppfattning av följande skäl.

40. För det första, även om begreppet nattarbete inte definieras i direktiv 92/85 kan nattarbete inte begränsas till ett särskilt mönster vad gäller arbetstiden. Enligt min mening kan "nattarbete" omfatta både arbete som till fullo utförs på natten, och skiftarbete när endast en del av arbetet utförs på natten.

41. För det andra ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse enligt fast rättspraxis inte bara dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i.<sup>30</sup>

42. Den tolkning av artikel 7 i direktiv 92/85 som jag föreslår är förenlig med de mål som eftersträvas med det direktivet. Direktiv 92/85 har till syfte att främja säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar.<sup>31</sup> Arbetstagare som ammar ingår följaktligen i en särskild riskgrupp med avseende på vilka åtgärder som ska vidtas för att skydda hälsa och säkerhet. Dessutom överensstämmer det med åtgärdernas allmänpreventiva syfte att kvinnor som omfattas av artikel 2 c i det direktivet bör vara berättigade till skydd enligt artikel 7 om de arbetar nattskift, snarare än systematiskt under nattetid.

43. Ger direktiv 2003/88 ledning för tolkningen av begreppet nattarbete i artikel 7 i direktiv 92/85?

27 Dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl., C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 58.

28 Dom av den 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, punkt 8.

29 Dom av den 15 november 2007, International Mail Spain, C-162/06, EU:C:2007:681, punkterna 19 och 20 och däri angiven rättspraxis.

30 Se, analogt, dom av den 16 juli 2015, Maistrellis, C-222/14, EU:C:2015:473, punkt 30.

31 Dom av den 18 mars 2014, D., C-167/12, EU:C:2014:169, punkt 29 och där angiven rättspraxis.

44. Båda direktiven har samma rättsliga grund.<sup>32</sup> I artikel 7 i direktiv 92/85 görs emellertid inte någon korshänvisning till definitionen "nattetid" i artikel 2.3 i direktiv 2003/88 och nattarbete är inte heller ett begrepp som definieras i det sistnämnda direktivet.<sup>33</sup>

45. Direktiv 92/85 skyddar dessutom en särskilt utsatt grupp av arbetstagare,<sup>34</sup> och det är nödvändigt att fastställa huruvida den berörda arbetstagaren uppfyller kraven i det direktivet för att kunna omfattas av dess bestämmelser. Bestämmelserna i direktiv 2003/88 är inte nödvändigtvis relevanta vid en sådan bedömning.

46. Det förefaller som om *nattarbete* i direktiv 92/85 inte nödvändigtvis har samma innebörd som *natt* i artikel 2.3 i direktiv 2003/88. Det rör sig snarare om att tolka de båda direktiven på ett enhetligt sätt.

47. Begreppet natt i direktiv 2003/88 definieras i artikel 2.3 som varje period om minst sju timmar, bestämd enligt nationell lagstiftning, som omfattar perioden mellan midnatt och 05.00. Jag anser att begreppet "natt" i direktiv 92/85, i avsaknad av tvingande skäl som utgör hinder för detta, ska ges samma innebörd. Härav följer att om en arbetstagare utför arbete under den perioden kommer dessa arbetstider att utgöra nattarbete enligt artikel 7 i direktiv 92/85. Det bör noteras att uttrycket "varje period" används i direktiv 2003/88, vilket antyder att skiftarbete inte undantas från den definitionen.

48. Jag instämmer också i den hänskjutande domstolens konstaterande att om skiftarbete som utförs nattetid skulle undantas från tillämpningsområdet för artikel 7 i direktiv 92/85, skulle en ammande mor som arbetar i skift under dessa timmar få sämre skydd än kvinnor som bara arbetar på natten. Det är svårt att tro att lagstiftaren avsåg ett sådant resultat.

49. Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast (i förhållande till vad som nu är direktiv 2006/54) att medlemsstaterna inte är skyldiga att i sin nationella lagstiftning införa ett principiellt förbud mot nattarbete för kvinnor, även om undantag kan göras, när det inte förekommer ett motsvarande förbud för män. Ett sådant förbud strider mot likabehandlingsprincipen.<sup>35</sup>

50. I trettonde skälet i direktiv 92/85 anges emellertid att bestämmelser bör införas om att bland annat arbetstagare som ammar inte ska kunna åläggas nattarbete, då hänsynen till deras säkerhet och hälsa kräver detta. Tillsammans med systematiken i artikel 7 tyder detta på att det ska göras en bedömning i det enskilda fallet av den berörda arbetstagarens situation.

51. Av handlingarna i målet vid den nationella domstolen framgår att Isabel González Castro fick ett läkarintyg om att hon ammade och att hon den 9 mars 2015 inledde ett förfarande för att erhålla ett läkarintyg till stöd för hennes ansökan genom att fylla i det avsnitt i formuläret som har rubriken "Ansökan om läkarintyg om att det finns risker under amningsperioden". INSS anförde under förhandlingen att den inte deltar i förfarandet för *utfärdande* av ett sådant läkarintyg, vilket är en fråga mellan arbetstagaren, arbetsgivaren och i förekommande fall försäkringsgivaren (i förevarande fall Mutua Umivale). Domstolen underrättades också om att arbetstagaren kan inkomma med ett intyg från en annan läkare, såsom en allmänpraktiserande läkare, men att det är oklart huruvida ett sådant intyg i sig räcker för att inleda förfarandet och ge sökanden rätt till skydd enligt direktiv 92/85.

32 Den rättsliga grunden för direktiv 92/85 var artikel 118a i EEG-fördraget, för direktiv 2003/88 var det artikel 137 EG (som motsvarar artikel 118a i det förstnämnda fördraget). Motsvarande bestämmelse är nu artikel 153 FEUF.

33 Direktiv 92/85 antogs elva år före direktiv 2003/88. Genom direktiv 2003/88 kodifierades rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 307, 1993, s. 18). I artikel 1.4 i direktiv 2003/88 anges att bestämmelserna i direktiv 89/391/EEG är fullt tillämpliga på bland annat nattarbete, skiftarbete och arbetsrytm. Se även skäl 3 i direktiv 2003/88.

34 Dom av den 18 mars 2014, D., C-167/12, EU:C:2014:169, punkterna 33 och 34.

35 Dom av den 13 mars 1997, kommissionen/Frankrike, C-197/96, EU:C:1997:155, punkt 4 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 december 1997, kommissionen/Italien, C-207/96, EU:C:1997:583, punkt 4 och där angiven rättspraxis. Se även nionde skälet i direktiv 92/85.

52. Det ankommer givetvis på den hänskjutande domstolen att fastställa de nödvändiga faktiska omständigheterna. Skrivelsen från Mutua Umivales till Isabel González Castros arbetsgivare av den 3 mars 2015 tyder emellertid på att hennes ansökan skulle avslås redan innan hon lämnade in en formell ansökan om läkarintyg den 9 mars 2015.<sup>36</sup> Det finns inget som tyder på att vare sig hennes arbetsgivare eller Mutua Umivale gjorde en bedömning i det enskilda fallet av hennes personliga omständigheter. Enligt uppgifterna i de inlagor som lämnats in av INSS och den spanska regeringen, den hänskjutande domstolens redogörelse i begäran om förhandsavgörande och handlingarna i målet vid den hänskjutande domstolen förefaller det enligt nuvarande nationell praxis förhålla sig på så sätt att när en viss arbetsprofil enligt den spanska barnläkarföreningens handbok inte innebär en risk för amning kommer arbetstagarens ansökan om ett läkarintyg att avslås automatiskt.<sup>37</sup>

53. Jag är medveten om att en sådan tolkning strider mot direktiv 92/85. Unionslagstiftaren har beslutat att nattarbete utgör en risk. Syftet med läkarintyget är att få till stånd en bedömning av den berörda arbetstagarens personliga omständigheter i ett enskilt fall. Det system som beskrivits för domstolen står klart i strid med lagstiftarens målsättning.

54. Jag påstår inte att det förekommit oegentligheter i förevarande mål. Ett förfarande där den försäkringsgivare som ansvarar för utbetalning av ersättning som en arbetstagare har begärt också fungerar som portvakt, genom att avgöra om arbetstagaren kan erhålla ett sådant läkarintyg som krävs enligt artikel 7 i direktiv 92/85 är emellertid felaktigt i sig. Försäkringsgivaren befinner sig i en situation där det föreligger en klar intressekonflikt.

55. Om Isabel González Castro uppfyller kraven i artikel 7.1 kommer hon att åtnjuta skydd enligt direktiv 92/85 och artiklarna 4 och 5 (se frågorna 2–4) behöver inte beaktas, eftersom det i de fall där artikel 7 är tillämplig inte är nödvändigt att åberopa den allmänna riskbedömningen enligt artikel 4 i direktiv 92/85.<sup>38</sup> I nuvarande skede är det oklart huruvida artiklarna 4 och 5 fortfarande är relevanta för tvisten i målet vid den nationella domstolen.<sup>39</sup>

56. Jag drar därför slutsatsen att en arbetstagare som arbetar i skift och utför vissa av sina arbetsuppgifter på natten kan omfattas av artikel 7.1 i direktiv 92/85, under förutsättning att arbetstagaren kan uppvisa ett läkarintyg som styrker att det är nödvändigt att vidta åtgärder för att undvika risker för hennes säkerhet och hälsa i enlighet med artikel 7.2 i det direktivet. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, kontrollera om sökanden lämnade in eller hade möjlighet att lämna in ett sådant intyg.

### ***Den andra, tredje och fjärde frågan***

#### ***Allmänna anmärkningar***

57. Enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 ska medlemsstaterna i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att se till att bevisbördan för att det inte föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen övergår på svaranden när personer, som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen har åsidosatts, lägger fram sådana fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering.<sup>40</sup> Den hänskjutande domstolen söker genom

<sup>36</sup> Se punkt 23 ovan.

<sup>37</sup> Se punkterna 24 och 25 ovan.

<sup>38</sup> I det ursprungliga förslaget KOM (90) 406 slutlig uppgavs att det var nödvändigt att den berörda arbetstagaren inte utförde nattarbete under en obligatorisk period. Den perioden kunde kompletteras med en ytterligare period om ett läkarintyg gavs in som styrkte att detta var nödvändigt för arbetstagarnas hälsa. Texten justerades i det ändrade förslaget KOM(92) 259 slutlig av den 10 juni 1992, vars formulering nu återspeglas i artikel 7 i direktiv 92/85.

<sup>39</sup> Se vidare punkterna 57–64 nedan.

<sup>40</sup> Dom av den 21 juli 2011, Kelly, C-104/10, EU:C:2011:506, punkt 29 och där angiven rättspraxis. Det målet rörde rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbördan i mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6).

den andra, tredje och fjärde frågan klarhet i hur denna bestämmelse ska läsas i förening med artikel 5 i direktiv 92/85. Dessa frågor är särskilt relevanta om Isabel González Castro inte uppfyller villkoren i artikel 7 i direktiv 92/85 för arbetsledighet och ersättning enligt artikel 11, eftersom det inte finns någon möjlighet att låta henne övergå till arbete på enbart dagtid.<sup>41</sup>

58. Den andra, tredje och fjärde tolkningsfrågan grundar sig på antagandet att en korrekt bedömning enligt artikel 4.1 i direktiv 92/85 hade visat att det föreligger en risk för den ammande modern och att det därför är nödvändigt att överväga vilka åtgärder som borde ha vidtagits för att skydda hennes säkerhet och hälsa enligt artikel 5. Det framgår emellertid inte av beslutet om hänskjutande (eller av de bifogade handlingarna i målet vid den nationella domstolen) att det gjordes någon bedömning i enlighet med artiklarna 4.1 och 4.2 i direktiv 92/85. Under förhandlingen upplyste den spanska regeringen EU-domstolen om att artiklarna 4 och 7 i direktiv 92/85 huvudsakligen har införlivats i den nationella lagstiftningen genom artikel 26 LPRL, men att det i den nationella lagstiftningen inte görs någon klar åtskillnad mellan dessa två artiklar i det direktivet. Det är inte helt klart huruvida artikel 4 eller artikel 7 (eller till och med båda) utgör grunden för Isabel González Castros begäran om ersättning. Detta är en fråga som det slutligen ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

59. Omfattas omständigheterna i Isabel González Castro fall av artikel 4 i direktiv 92/85?

60. Denna bestämmelse är tillämplig på en arbetstagare som ammar ”i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra särskild risk för exponering för agenser, processer eller arbetsförhållanden enligt den icke-uttömmande förteckningen i bilaga I”. Den omständigheten att Isabel González Castro inte utförde gruvarbete under jord (den enda kategori av arbete som anfördes under ”Arbetsförhållanden” i den icke-uttömmande förteckningen i bilaga I) innebär inte att ett sådant arbete som det som hon utförde nödvändigtvis ska undantas från tillämpningsområdet för direktiv 92/85. Den riskbedömning som ska göras enligt artikel 4.1 ska genomföras på grundval av riktlinjerna som bland annat omfattar ”psykisk och fysisk uttrötning och andra former av psykiska och fysiska påfrestningar i samband med de arbetsuppgifter som utförs av de arbetstagare som avses i artikel 2” i det direktivet.<sup>42</sup> Skiftarbete och nattarbete är två situationer som anges i riktlinjerna.<sup>43</sup> Själva ordalydelsen i artikel 3.1 andra stycket jämförd med artikel 4.1 i direktiv 92/85 bekräftar att ett sådant arbete som det som Isabel González Castro hade faktiskt omfattas av tillämpningsområdet för den sistnämnda bestämmelsen.

61. Artikel 4 är den allmänna bestämmelse i vilken det fastställs vilka åtgärder som ska vidtas i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra särskild risk för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 i direktiv 92/85. Artikel 7 är däremot en specifik bestämmelse som är tillämplig vid nattarbete, som enligt lagstiftaren kan medföra en särskild risk för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar.

62. Det *krävs* snarare att arbetsgivaren gör en riskbedömning än att den berörda arbetsgivaren uttryckligen begär skydd enligt direktiv 92/85. Detta är helt i överensstämmelse med den rättsliga ram som fastställs i direktiv 89/391 enligt vilken arbetsgivaren är skyldig att vidta förebyggande åtgärder för att säkerställa att arbetstagarens säkerhet och hälsa tryggas i alla avseenden som är förbundna med arbetet.<sup>44</sup>

63. Sammanfattningsvis infördes genom direktiv 92/85 ett krav på att utvärdera och informera om risker. Om resultatet av den riskbedömning som gjorts i enlighet med artikel 4.1 i nämnda direktiv visar på en risk för säkerhet och hälsa eller inverkan på graviditet eller amning för en arbetstagare, föreskrivs i artikel 5.1 och 5.2 att arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att tillfälligt ändra

<sup>41</sup> Se punkt 27 ovan.

<sup>42</sup> Artikel 3.1 andra stycket, se punkt 6 ovan.

<sup>43</sup> Se punkt 68 nedan.

<sup>44</sup> Se punkt 2 ovan.

arbetstagarens arbetsförhållanden eller arbetstid.<sup>45</sup> Om detta inte är möjligt under de aktuella omständigheterna, ska arbetstagaren i fråga ges andra arbetsuppgifter. Det är endast om det är omöjligt att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter som denna i enlighet med artikel 5.3 i direktiv 92/85 ska beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda arbetstagarens säkerhet och hälsa.<sup>46</sup> Följaktligen är artikel 5 tillämplig endast om resultatet av bedömningen enligt artikel 4 i direktiv 92/85 visar på en risk för säkerhet och hälsa eller en inverkan på den berörda ammande kvinnan.

64. Även om den hänskjutande domstolen inte uttryckligen har hänvisat till artikel 4 i direktiv 92/85 i sina frågor, utgör denna omständighet inte hinder för att EU-domstolen tillhandahåller den hänskjutande domstolen alla de uppgifter om unionsrättens tolkning som krävs, även andra bestämmelser i det direktivet (i detta fall särskilt artikel 4) som kan vara användbara.<sup>47</sup>

65. Jag uppfattar följaktligen den andra, tredje och fjärde frågan på så sätt att den hänskjutande domstolen söker vägledning om tolkningen av artikel 19 i direktiv 2006/54 avseende fördelningen av bevisbördan, samt artikel 4 i direktiv 92/85. Jag kommer att pröva den andra och den tredje frågan tillsammans innan jag prövar den fjärde frågan.

#### *Den andra och den tredje frågan*

66. Är de regler varigenom bevisbördan övergår på arbetsgivaren (eller den behöriga myndigheten) enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 tillämpliga när en arbetstagare enligt artikel 2 c i direktiv 92/85 har ifrågasatt en riskbedömning som gjorts enligt artikel 4.1 i det direktivet (eller i förekommande fall artikel 7) (den andra frågan)? Dessutom uppkommer frågan vad som avses med ”fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering” i artikel 19.1 i direktiv 2006/54. Den hänskjutande domstolen vill särskilt få klarhet i huruvida följande fakta visar att direkt eller indirekt diskriminering föreligger enligt denna bestämmelse: (i) arbetstagaren arbetar skift, i vissa fall ensam på natten, (ii) arbetet innebär övervakning av en byggnad och i förekommande fall hantering av akuta händelser, och (iii) det saknas bevisning om att det på arbetsplatsen finns en lämplig plats för att amma eller, i förekommande fall, för att pumpa bröstmjolk (tredje frågan).

67. Vad gäller riskbedömningen enligt artikel 4 är arbetsgivaren skyldig att göra en sådan riskbedömning enligt riktlinjerna.<sup>48</sup> Det ankommer på arbetsgivaren att fastställa: (i), faror som omfattar fysisk och psykisk trötthet samt övriga former av fysisk och psykisk belastning och (ii) kategorin av arbetstagare, i det här fallet en ammande mor, och se till att en kompetent person utför en kvalitativ och kvantitativ riskbedömning. I riktlinjerna klargörs att en riskbedömning bör ta vederbörlig hänsyn till läkarutlåtanden och de betänkligheter som kvinnan i det enskilda fallet har.<sup>49</sup>

68. I riktlinjerna anges följande med avseende på riskbedömningen för ”Psykisk och fysisk trötthet och arbetstiden”: ”Långa arbetstider, skiftarbete och nattarbete kan i betydande omfattning påverka gravida och nyblivna mödrars hälsa och amningen. Alla kvinnor påverkas inte på samma sätt och de därtill knutna riskerna varierar beroende på typen av arbete som utförs, arbetsförhållanden och den berörda personen ... både psykisk och fysisk trötthet ökar under graviditeten och efter förlossningen på grund av de olika fysiologiska förändringar och andra förändringar som äger rum. Vissa gravida och

45 Se elfte skälet i direktiv 92/85.

46 Dom av den 1 juli 2010, Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, punkterna 31 och 32 och där angiven rättspraxis.

47 Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 39 och där angiven rättspraxis.

48 Artikel 3.2 i direktiv 92/85. Se även dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkterna 44–51, och mitt förslag till avgörande i det målet, EU:C:2017:287, punkterna 41–45.

49 Hit hör huruvida den berörda arbetstagaren ammar för första gången, se sidorna 8 och 9 i dessa riktlinjer.

ammande kvinnor kan på grund av ökad trötthet inte arbeta oregelbundna tider eller i sena skift eller nattetid eller övertid. Arbetstidsformer ... kan påverka den gravida kvinnans hälsa och det ofödda barnets hälsa, hennes återhämtning efter förlossningen eller hennes möjlighet att amma och kan öka risken för stress och stressrelaterad ohälsa.”<sup>50</sup>

69. Den hänskjutande domstolen har förklarat att Isabel González Castros talan ogillades i första instans av det skälet att det framgår av rättspraxis från Tribunal Supremo (Högsta domstolen) och av spanska barnläkarföreningens handbok att skiftarbete eller nattarbete inte ska anses utgöra risker under amningsperioden. Det förhållandet att arbetstagaren måste ”genomföra ronder, hantera larm om akuta händelser (brott, bränder) och vara vaksam på alla slags incidenter (vilket är arbetsuppgifter som arbetstagaren i vissa fall utför ensam)” ”medför inte några risker för amningen och innebär inte heller att det är omöjligt att genomföra amningen, eftersom arbetstagaren kan pumpa bröstmjolk utanför arbetstid”.

70. Detta uttalande antyder att den behöriga myndigheten beaktade den allmänna profilen av Isabel González Castros arbete med hänvisning till allmänna riktlinjer, men att den *inte* granskade hennes personliga omständigheter, såsom krävs enligt artikel 3.2 jämförd med artikel 4 i direktiv 92/85.

71. Enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 ska medlemsstaterna i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att se till att svaranden är skyldig att bevisa att det inte föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen när personer, som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig myndighet lägger fram sådana fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering. I artikel 19.4 a i direktiv 2006/54 anges bland annat att reglerna om omvänd bevisbörda i artikel 19.1 även ska tillämpas på de förhållanden som avses i direktiv 92/85, i den mån det förekommer könsdiskriminering.<sup>51</sup> Att underlåta att utföra en korrekt riskbedömning i enlighet med artikel 4 i direktiv 92/85 utgör en mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller barnledighet i den mening som avses i nämnda direktiv, och utgör därmed, i enlighet med artikel 2.2 c i direktiv 2006/54, diskriminering i den mening som avses i den rättsakten.<sup>52</sup>

72. Begreppet indirekt diskriminering enligt definitionen i artikel 2.1 b i direktiv 2006/54 kan inte vara relevant för arbetstagare som omfattas av artikel 2 i direktiv 92/85. Bestämmelser, kriterier eller förfaringsätt som medför en mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller moderskapsledighet kan per definition inte vara ”skenbart neutrala”, eftersom dessa bestämmelser enbart har konsekvenser för en specifik kategori av arbetstagare som definieras i artikel 2 i direktiv 92/85.<sup>53</sup> När en arbetstagare följaktligen åberopar direktiv 92/85 uppkommer frågan huruvida det finns fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt diskriminering enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54.<sup>54</sup>

50 Se tabell på sidan 13 i riktlinjerna.

51 Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 53.

52 Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 62.

53 Hos nästan alla heterogena djurarter bärs avkomman av honan fram till födseln. Hos fiskar som hör till familjen kanthälsfiskar (syngnathidae) (som omfattar sjöhästar) fullgörs denna funktion emellertid av hanar. Eftersom detta inte är fallet när det gäller människor är det i sig osannolikt att man hittar bestämmelser, kriterier eller förfaringsätt som särskilt missgynnar personer av ett kön jämfört med personer av det andra könet i samband med graviditet, den omständigheten att förlossning nyligen ägt rum eller amning som är skenbart neutrala. Sådana bestämmelser, kriterier eller förfaringsätt kan inte vara ”skenbart neutrala”, eftersom de enbart kan påverka kvinnor som omfattas av dessa mycket specifika kategorier.

54 Se punkt 14 ovan och skäl 23 i direktiv 2006/54.

73. I artikel 19.4 a i direktiv 2006/54 anges bland annat att reglerna om omvänd bevisbörda i artikel 19.1 också ska tillämpas på de förhållanden som avses i direktiv 92/85, i den mån det förekommer könsdiskriminering. Varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinnlig arbetstagare på grund av att hon ammar ska anses falla inom tillämpningsområdet för artikel 2.2 c i direktiv 2006/54 och utgör därmed direkt könsdiskriminering.<sup>55</sup> Reglerna i artikel 19.1 i direktiv 2006/54 kan följaktligen vara tillämpliga.

74. Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att genom att medlemsstaterna förbehålls rätten att upprätthålla eller införa bestämmelser som har till syfte att ge kvinnor skydd i samband med graviditet och moderskap, innebär artikel 2.2 c i direktiv 2006/54 ett erkännande av att det, mot bakgrund av principen om likabehandling på grund av kön, är berättigat dels att skydda kvinnors biologiska tillstånd under och efter graviditeten, dels att skydda det särskilda förhållandet mellan kvinnan och barnet under tiden efter förlossningen. Enligt artikel 14 i direktiv 2006/54 omfattas all diskriminering av kvinnor i det tillståndet av det förbud som uppställs i direktivet, i den mån diskrimineringen avser den berörda arbetstagarens anställnings- och arbetsvillkor i den mening som avses i artikel 14.1 c i det direktivet.<sup>56</sup>

75. Utgör de omständigheter som har fastställts av den hänskjutande domstolen diskriminering enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54?

76. Om arbetsgivaren underlåter att göra en bedömning enligt artikel 4.1 när den berörda arbetstagaren omfattas av artikel 2 c i direktiv 92/85 utgör denna underlåtenhet ”fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt ... diskriminering” enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54. De faktorer som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i beslutet om hänskjutande (skiftarbete, det arbete som en säkerhetsvakt förväntas utföra, avsaknaden av plats för att amma på arbetsplatsen) vore relevanta vid vilken bedömning som helst. Det är emellertid inte förekomsten av dessa faktorer som ska ge upphov till arbetsgivarens bedömning.<sup>57</sup> Behovet av en bedömning grundar sig på kvinnans tillstånd, här i egenskap av en ammande arbetstagare, och på arbetsgivarens skyldigheter enligt artikel 4 i direktiv 92/85.

77. När den berörda arbetstagaren emellertid anser sig förfördelad och kan visa att den bedömning som gjordes inte omfattade en utvärdering av hennes *personliga omständigheter* skulle en sådan situation även leda till antagandet att det har förekommit direkt diskriminering enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54. Så tycks enligt min mening vara fallet när arbetsgivaren eller den behöriga myndigheten tillämpar en policy eller en allmän bestämmelse enligt vilken skiftarbete eller nattarbete inte innebär inneboende risker för amning, utan att granska den särskilda situation som den berörda arbetstagaren och hennes barn befinner sig i. Ett sådant tillvägagångssätt äventyrar faktiskt de mål som eftersträvas med såväl direktiv 92/85 som direktiv 2006/54. Ett sådant förfarande försätter arbetstagaren i en situation där hon måste ifrågasätta och, i förekommande fall, motbevisa en presumtion om att hennes arbete inte innebär en risk för henne. Detta står i bjärt kontrast till den omständigheten att det i de båda direktiven erkänns att arbetstagare som omfattas av artikel 2 i direktiv 92/85 utgör en särskilt utsatt grupp.<sup>58</sup> Ett bedömningsförfarande som kräver att den berörda arbetstagaren motbevisar en allmän presumtion om att det inte föreligger någon risk för henne, eftersom hennes arbetsprofil inte anses innebära en risk för ammande mödrar utgör en mindre förmånlig behandling av en kvinna enligt artikel 2.2 c i direktiv 2006/54 jämförd med artiklarna 19.1 och 19.4 a i det direktivet.

<sup>55</sup> Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 60.

<sup>56</sup> Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 64.

<sup>57</sup> Det kan följaktligen inte vara avgörande huruvida någon av dessa faktorer föreligger.

<sup>58</sup> Se punkt 3 ovan.

78. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida detta faktiskt är effekten av de ifrågavarande nationella bestämmelserna, huruvida någon bedömning enligt artikel 4.1 i direktiv 92/85 genomfördes, och, i den mån en sådan bedömning genomfördes i Isabel González Castros fall, huruvida den var förenlig med riktlinjerna.

79. Om en arbetstagare i den mening som avses i artikel 2 c i direktiv 92/85 anser sig förfördelad på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på henne och visar att hennes arbetsgivare inte har gjort någon bedömning enligt artikel 4.1 i det direktivet för att bedöma risken för hennes säkerhet och hälsa, eller att en sådan bedömning inte gjordes i enlighet med de riktlinjer som avses i artikel 3 i direktiv 92/85, ger dessa omständigheter upphov till en presumtion om direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 19.1 i direktiv 2006/54. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om den praktiska tillämpningen av det ifrågavarande nationella systemet fungerar på ett sätt som inte är förenligt med regeln i den bestämmelsen enligt vilken bevisbördan övergår på svaranden.

#### *Den fjärde frågan*

80. Genom den fjärde frågan söker den hänskjutande domstolen klarhet i huruvida arbetsgivaren har bevisbördan när den bestrider arbetstagarens påstående om att hon har rätt till ledighet och ersättning i enlighet med artiklarna 5.3 och 11 i direktiv 92/85. Den hänskjutande domstolen har angett att denna fråga endast uppkommer för det fall domstolen besvarar den tredje frågan jakande.

81. Mot bakgrund av ovanstående blir denna fråga relevant endast om den hänskjutande domstolen slår fast (i) att de behöriga myndigheterna gjorde en bedömning enligt artikel 4.1 i direktiv 92/85 som visar på en risk för Isabel González Castros säkerhet eller hälsa, (ii) att hennes arbetsförhållanden inte kunde ändras tillfälligt (artikel 5.1) och (iii) att hon inte kunde ges andra arbetsuppgifter (artikel 5.2). Även om beskrivningen av de faktiska omständigheterna i beslutet om hänskjutande inte återspeglar detta antagande, kvarstår det faktum att Isabel González Castros anspråk på att beviljas ledighet och ersättning ligger till grund för målet vid den nationella domstolen. Ett svar på den fjärde frågan kan därför vara användbart för den hänskjutande domstolen för att avgöra det nationella målet.

82. Det är arbetsgivaren som har den allmänna överblicken över arbetsvillkoren och kraven för sina anställda, och som är bäst lämpad att bedöma vilka åtgärder som är lämpliga för att hantera de risker som fastställts. I den mån det nationella målet omfattar en bedömning av huruvida ytterligare åtgärder enligt artikel 5 i direktiv 92/85 skulle ha vidtagits, ligger bevisbördan enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 kvar hos arbetsgivaren.<sup>59</sup> En motsatt ståndpunkt skulle innebära att det skydd som direktiv 92/85 ger helt skulle urholkas.<sup>60</sup> Detta tycks enligt min mening i högsta grad vara en situation där en diskussion är påkallad mellan arbetsgivaren och arbetstagaren avseende de ändringar som krävs.

83. I den mån det nationella målet omfattar en bedömning av huruvida ytterligare åtgärder enligt artikel 5 i direktiv 92/85 skulle ha vidtagits, ligger bevisbördan enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 följaktligen kvar hos svaranden.

<sup>59</sup> Dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 75. Se även mitt förslag till avgörande i det målet, EU:C:2017:287, punkterna 90 och 91, och skäl 30 i direktiv 2006/54.

<sup>60</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, punkt 74.

## Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som hänskjutits av Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Överdomstolen i den autonoma regionen Galicien) (Spanien) enligt följande:

- En arbetstagare som arbetar i skift och utför vissa av sina arbetsuppgifter på natten kan omfattas av artikel 7.1 rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, under förutsättning att arbetstagaren kan uppvisa ett läkarintyg som styrker att det är nödvändigt att vidta åtgärder för att undvika risker för hennes säkerhet och hälsa i enlighet med artikel 7.2 i det direktivet. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, kontrollera huruvida sökanden lämnade in eller hade möjlighet att lämna in ett sådant intyg.
- Bestämmelserna i artikel 19.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, som anger att bevisbördan övergår på svaranden, är tillämpliga när en ammande arbetstagare i den mening som avses i artikel 2 c i direktiv 92/85 visar att hennes arbetsgivare har underlåtit att göra en riskbedömning i enlighet med artikel 4.1 i sistnämnda direktiv.
- Om en arbetstagare i den mening som avses i artikel 2 c i direktiv 92/85 anser sig förfördelad på grund av att principen om likabehandling inte har tillämpats på henne och visar att hennes arbetsgivare inte har gjort någon bedömning enligt artikel 4.1 i det direktivet för att bedöma risken för hennes säkerhet och hälsa, eller att en sådan bedömning inte gjordes i enlighet med de riktlinjer som avses i artikel 3 i direktiv 92/85, ger dessa omständigheter upphov till en presumtion för direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 19.1 i direktiv 2006/54. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera huruvida den praktiska tillämpningen av det ifrågavarande nationella systemet fungerar på ett sätt som inte är förenligt med regeln i den bestämmelsen, enligt vilken bevisbördan övergår på svaranden.
- I den mån det nationella målet omfattar en bedömning av huruvida ytterligare åtgärder enligt artikel 5 i direktiv 92/85 skulle ha vidtagits, kvarstår bevisbördan enligt artikel 19.1 i direktiv 2006/54 hos svaranden.