



Datum van
inontvangstneming

:

17/11/2015

Zaak C-531/15**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

8 oktober 2015

Verwijzende rechter:

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 juli 2015

Verzoekende partij:

Elda Otero Ramos

Verwerende partij:

Servizo Galego de Saúde

Instituto Nacional de la Seguridad Social

(omissis)

BESCHIKKING

In het kader van het door ELDA OTERO RAMOS tegen het vonnis van de Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña (rechter in sociale zaken nr. 2 te A Coruña) (omissis) ingestelde hoger beroep (omissis)

FEITEN

TEN EERSTE – E. OTERO RAMOS heeft een vordering ingesteld tegen het INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (nationaal instituut voor de sociale zekerheid; hierna: „INSS”) en [de] SERVICIO GALEGO [Or. 2] DE SAÚDE (Galicische gezondheidsdienst; hierna: „SERGAS”) (omissis). Bij vonnis van 24 oktober 2013 heeft [de Juzgado de lo Social nº 2] (omissis) die vordering afgewezen.

TEN TWEEDE – [kort relaas van de feiten, die in de motivering worden verduidelijkt en verdiept] (omissis)

(omissis)

TEN DERDE – Het dictum van voormelde beslissing luidt als volgt:

De door Otero Ramos tegen het INSS en de SERGAS (omissis) ingestelde vordering wordt in haar geheel AFGEWENZEN.

TEN VIERDE – Tegen dat vonnis heeft verzoekster hoger beroep ingesteld, dat is aangevochten door de SERGAS. (omissis)

TEN VIJFDE – (omissis) [P]artijen en het [Or. 3] Openbaar Ministerie is een termijn van vijf dagen toegekend om opmerkingen te maken over de prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie (omissis)

TEN ZESDE – In zijn betoog concludeert het Openbaar Ministerie dat [de kwestie van de bewijslast duidelijk is geregeld in richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), die van toepassing is op de aangelegenheden die zijn geregeld bij richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie] (omissis). Geen van de partijen heeft haar standpunt kenbaar gemaakt.

(omissis) [Or. 4]

MOTIVERING

TEN EERSTE – Gelet op de feiten en de (omissis) in het vonnis in eerste aanleg bewezen verklaarde feiten (omissis) moeten voor de prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende omstandigheden [in aanmerking worden genomen]:

1. Otero Ramos werkt als verpleegster op de spoeddienst van het Centro Hospitalario Universitario de A Coruña (openbaar universitair ziekenhuiscentrum te A Coruña), dat deel uitmaakt van de SERGAS. Op 22 december 2011 is verzoekster bevallen van een dochter, die vanaf haar geboorte uitsluitend borstvoeding kreeg.

2. Op 8 mei 2012 heeft de werkneemster de provinciale directie van het INSS te A Coruña om een medisch attest over het bestaan van een risico tijdens de borstvoedingsperiode verzocht. In het kader van de behandeling van dat verzoek om een medisch attest zijn de twee volgende documenten overgelegd:

– een ondernemingsverklaring over het bestaan van een risico tijdens de borstvoedingsperiode, waarin het hoofd personeelszaken van het Centro

Hospitalario Universitario de A Coruña verklaart (1) dat de verzoekende werkneemster „de volgende activiteiten verricht onder de arbeidsvoorwaarden die voor (omissis) verpleegkundigen op de spoeddienst gelden – ochtenddienst, avonddienst en nachtdienst”, (2) [dat] „zij tot de beroepsgroep van verpleegkundigen behoort”, (3) „dat het specifieke risico tijdens de zwangerschap of de borstvoedingsperiode het risico is dat uit het bijgevoegde rapport inzake preventieve geneeskunde blijkt”, en (4) „dat de vervulde functie in de door de onderneming na overleg met werknemersvertegenwoordigers opgestelde lijst van functies als risicovrij is aangeduid”.

– een rapport van [een] arts van de afdeling preventieve geneeskunde – preventie van arbeidsrisico’s – waarin staat: „na onderzoek van de werkneemster Otero Ramos, die tot de beroepsgroep van verpleegkundigen behoort en op de spoeddienst van het Hospital Universitario A Coruña (universitair ziekenhuis te A Coruña) werkt, en gelet op de door de werkneemster overgelegde medische rapporten, deel ik mee dat de werkneemster [...] geschikt is (met een kruisje aangegeven keuze uit drie in het rapport vermelde mogelijkheden: geschikt / niet geschikt / geschikt met beperkingen)”. Dat rapport concludeert dat „[Otero Ramos] op dit moment GESCHIKT (in hoofdletters) wordt bevonden om de taken van haar functie uit te voeren, die geen risico voor borstvoeding inhouden”.

3. Bij besluit van 10 mei 2012 heeft de provinciale directie van het INSS te A Coruña beslist om „het gevraagde attest niet af te geven omdat **[Or. 5]** niet is aangetoond dat haar arbeidsomstandigheden negatieve gevolgen hebben voor haar gezondheid (of die van haar kind); bijgevolg wijzen wij haar erop dat er geen grond is om de procedure tot het verkrijgen van de desbetreffende uitkering in te stellen”.

4. Op 11 juli 2012 heeft Otero Ramos bij de Juzgados de lo Social de Santiago de [A Coruña] een verzoek ingediend, waarbij zij een door het hoofd van de spoeddienst van het Complejo Hospitalario Universitario [de] A Coruña (universitair ziekenhuiscomplex te A Coruña) ondertekende brief heeft gevoegd, volgens welke „het werk van verpleegkundigen op die dienst (omissis) fysieke, chemische, biologische en psychosociale risico’s inhoudt voor het behoud van borstvoeding. Biologische risico’s: een hoog percentage van de patiënten wendt zich tot de spoeddienst wegens virale infecties (bijvoorbeeld gevallen van griep A) of bacteriële infecties. Voorts zijn er gevallen van met multiresistente kiemen besmette patiënten, die in veel gevallen in afzondering moeten worden geplaatst en/of beademing nodig hebben en met wie de verpleegkundigen voortdurend contact hebben. In die gevallen blijven die patiënten in contact met de verpleegkundigen zonder in de periode voorafgaand aan de diagnose in afzondering te worden geplaatst. Wij werken ook in direct contact met patiënten die geïnfecteerd zijn met hiv of hepatitis, met het daaruit voortvloeiende risico op besmetting in geval van een biologisch ongeluk. Fysieke risico’s: op onze dienst worden allerlei patiënten opgenomen, van wie de meesten grote moeilijkheden hebben om te bewegen of beperkt worden door hun leeftijd of hun acute of

chronische ziekte. Dat heeft een fysieke en posturele belasting van verpleegkundigen tot gevolg, aangezien die patiënten voor de eerste zorgen en de directe zorgen vaak worden verplaatst. Die fysieke overbelasting neemt toe wanneer de patiënt zich in een kritieke situatie bevindt (coma, cardiopulmonale stilstand, terminale ziekte) en hij niet kan meewerken, wat vaak voorkomt op de spoeddienst. Chemische risico's: er is sprake van blootstelling aan allerlei behandelingen, aangezien allerlei ziekten worden behandeld. Psychosociale risico's: het personeel werkt in een ingewikkeld systeem van ploegendienst (werk in ploegendienst en nachtarbeid). Voorts ondervindt het personeel stress of mentale druk doordat het het hoofd moet bieden aan verschillende situaties zonder dat sprake is van een gewone verhouding tussen de verpleegkundigen en de patiënten, wat bij een sterke vraag naar hulp een voortdurende aanpassing van de werknemer vergt om zijn werk uit te voeren en te organiseren. Werk in ploegendienst en nachtarbeid verstoort de productie van prolactine, die verantwoordelijk is voor de melkproductie. De afscheiding van prolactine volgt een circadiaans ritme, waardoor in geval van werk in ploegendienst de levenscyclus en daarmee ook de productie van prolactine en melk (hypogalactie of agalactie) worden verstoord. Door zo uiteenlopende werkdagen of nachtarbeid kan mastitis ontstaan doordat het ritme van de melkextractie wordt verstoord.” [Or. 6]

5. (omissis) Bij vonnis van 24 oktober 2013 heeft de Juzgado de lo Social nº 2 de [A Coruña] (omissis) het verzoek afgewezen op grond dat „moet worden benadrukt dat in de rechtspraak een streng criterium voor de beoordeling van het bewijs van het bestaan van aanzienlijke risico's voor de toekenning van de uitkering langzamerhand de overhand krijgt”. In dat vonnis haalt die rechter arresten aan van het Tribunal Supremo (Spaanse hoogrechtshof) en deze sociale kamer van het Tribunal Superior de Justicia de Galicia (hoogrechtshof van Galicië) betreffende situaties die volgens hem overeenkomen met de situatie in de onderhavige zaak. Hij concludeert dat, „rekening houdend met de maatstaven van de rechtspraak en de vermelde eerdere rechtspraak, een beslissing ten nadele van verzoekster moet worden genomen”.

TEN TWEEDE – De op het onderhavige geding toepasselijke nationale bepalingen zijn artikel 26, lid 4, van Ley [31/1995, de 8 de noviembre,] de prevención de Riesgos Laborales (wet 31/1995 van 8 november 1995 ter preventie van arbeidsrisico's; hierna: LPRL) juncto leden 1, 2 en 3 van datzelfde artikel 26, en de artikelen 135 bis en ter van de Ley General de la Seguridad Social (algemene wet op de sociale zekerheid; hierna: „LGSS”).

Artikel 26, lid 1, LPRL luidt: „De risico-evaluatie als bedoeld in artikel 16 van deze wet omvat de bepaling van de aard, de mate en de duur van de blootstelling van werknemers die zwanger zijn of recent zijn bevallen aan agentia, procedés of werkomstandigheden die negatieve gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid van de werknemers of de foetus, bij alle activiteiten die een specifiek risico kunnen inhouden. Indien uit de resultaten van de beoordeling een risico voor de veiligheid en de gezondheid blijkt of mogelijke gevolgen voor de

zwangerschap of het borstvoeding geven van voornoemde werkneemsters, neemt de werkgever de nodige maatregelen om de blootstelling van dat risico te voorkomen door de arbeidsomstandigheden of de arbeidstijd van de betrokken werkneemster aan te passen. Die maatregelen bestaan, indien nodig, in het niet-verrichten van nachtarbeid of werk in ploegendienst”.

Artikel 26, lid 2, LPRL luidt: „Wanneer de medische diensten van het [INSS] of de onderlinge verzekeringsmaatschappijen, naargelang van de entiteit waarbij de onderneming de beroepsrisico's heeft verzekerd, met het rapport van de arts van de Servicio Nacional de Salud [nationale gezondheidsdienst] die de werkneemster medische bijstand verleent, verklaren dat het niet mogelijk is om de arbeidsomstandigheden of de arbeidstijd aan te passen of wanneer de arbeidsomstandigheden ondanks een dergelijke aanpassing negatieve gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid van de zwangere werkneemster of de foetus, wordt die werkneemster overgeplaatst naar een andere, met haar toestand verenigbare arbeidsplaats of functie [Or. 7]. Daartoe stelt de werkgever, na overleg met de werknemersvertegenwoordigers, een lijst van risicovrije functies op. De verandering van arbeidsplaats of functie gebeurt volgens de regels en criteria die van toepassing zijn in geval van arbeidsmobiliteit en blijft behouden totdat de gezondheidstoestand van de werkneemster het mogelijk maakt om terug te keren naar haar vorige functie. Indien er ondanks de toepassing van de in het vorige lid vermelde regels geen met haar toestand verenigbare arbeidsplaats of functie is, kan de werkneemster worden overgeplaatst naar een baan die niet overeenkomt met haar beroepsgroep of een gelijkwaardige categorie, maar met behoud van het recht op het volledige loon voor haar oorspronkelijke baan.”

Artikel 26, lid 3, LPRL luidt: „Indien overplaatsing technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, kan de overeenkomst van de betrokken werkneemster overeenkomstig artikel 45, lid 1, onder d), van het Estatuto de los Trabajadores [werknemersstatuut] wegens een risico tijdens de zwangerschap worden opgeschort zolang als noodzakelijk is om haar veiligheid of gezondheid te beschermen en zolang zij niet naar haar vorige functie kan terugkeren of een andere met haar toestand verenigbare functie kan uitoefenen”.

Artikel 26, lid 4, LPRL luidt: „De leden 1 en 2 van dit artikel zijn ook van toepassing tijdens de borstvoedingsperiode indien de medische diensten van het [INSS] of de onderlinge verzekeringsmaatschappijen, naargelang van de entiteit waarbij de onderneming de beroepsrisico's heeft verzekerd, met het rapport van de arts van de Servicio Nacional de Salud die de werkneemster of haar kind medische bijstand verleent, verklaren dat de werkomstandigheden negatieve gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid van de moeder of het kind. Voorts kan de overeenkomst van de betrokken werkneemster overeenkomstig artikel 45, lid 1, onder d), van het Estatuto de los Trabajadores worden opgeschort wegens een risico tijdens het geven van borstvoeding aan kinderen onder de negen

maanden, indien de in lid 3 van dit artikel bedoeld omstandigheden zich voordoen”.

Artikel 135 bis LGSS luidt: „Voor de toekenning van de financiële uitkering wegens een risico tijdens de borstvoedingsperiode wordt als beschermde situatie aangemerkt de periode waarin de arbeidsovereenkomst is opgeschort, indien de werkende vrouw naar een met haar situatie verenigbare baan moet overstappen, maar dit volgens artikel 26, lid 4, [LPRL] technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd”.

Artikel 135 ter LGSS luidt: „De financiële uitkering wegens een risico tijdens de borstvoedingsperiode **[Or. 8]** wordt aan de werkende vrouw toegekend onder de in deze wet neergelegde voorwaarden voor de financiële uitkering wegens een risico tijdens de zwangerschap en houdt op wanneer het kind negen maanden oud wordt, tenzij de begunstigde voortijdig naar haar vorige functie is teruggekeerd of een andere met haar situatie verenigbare functie uitoefent”.

TEN DERDE – Deze kamer heeft twijfels over verschillende aspecten van de uitlegging van de communautaire voorschriften met betrekking tot de onder ten eerste vermelde omstandigheden en de onder ten tweede vermelde regels die op die omstandigheden van toepassing zijn. Zoals blijkt uit het volgende punt hangen van die uitlegging de beoordeling van de bewijskracht van de gegevens in het dossier en bijgevolg de uitkomst van dit geding af.

TEN VIERDE – Om aan richtlijn 92/85, in het bijzonder artikel 5, lid 3, te voldoen, is bij Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre (organieke wet 3/2007 van 22 maart 2007 inzake de feitelijke gelijkheid van man en vrouw) het begrip risicosituatie tijdens de borstvoedingsperiode ingevoerd, welke situatie tot dan toe niet was geregeld in het Spaanse recht. De voornaamste twijfel van deze kamer bij de toepassing van dat begrip – dat relatief nieuw is in het Spaanse recht – is of, en zo ja, hoe de regels inzake de bewijslast van artikel 19 van richtlijn 2006/54 kunnen worden toegepast om het bestaan van een dergelijke risicosituatie aan te tonen.

Een eerste aspect van de twijfel is of de regels inzake de bewijslast van artikel 19 van richtlijn 2006/54 kunnen worden toegepast om het bestaan aan te tonen van een risicosituatie tijdens de borstvoedingsperiode zoals geregeld in het Spaanse recht, waarin wordt bepaald dat een dergelijke situatie geen vrijstelling van arbeid ten laste van de onderneming tot gevolg heeft, maar recht geeft op een uitkering krachtens de openbare sociale zekerheid. Daartoe moet die situatie worden ingedeeld in een van de in artikel 14 van richtlijn 2006/54 bedoelde categorieën, bijvoorbeeld de categorie „werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden” – lid 1, onder c) – voor zover de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 bedoelde vrijstelling van arbeid als zodanig kan worden aangemerkt. Die uitlegging vindt steun in het feit dat discriminatie volgens artikel 2, lid 2, onder c), richtlijn 2006/54 „elke

minder gunstige behandeling van een vrouw in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof in de zin van richtlijn 92/85/EEG” omvat. **[Or. 9]**

De omstandigheid dat de vrijstelling van arbeid naar Spaans recht onder de sociale zekerheid valt, zou niet relevant mogen zijn, aangezien het om een in artikel 11 van richtlijn 92/85 geboden mogelijkheid gaat. Iedere andere oplossing zou tot het paradoxale resultaat leiden dat de financiële dekking van de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 bedoelde situatie een arbeidsomstandigheid is indien zij, zoals krachtens voornoemd artikel 11 is toegestaan, bestaat in het „behoud van de bezoldiging”, maar niet indien zij bestaat in het „genot van een adequate uitkering”, hoewel dit krachtens dat artikel 11 ook is toegestaan.

Indien de regels inzake de bewijslast van artikel 19 van richtlijn 2006/54 mogen worden toegepast om het bestaan aan te tonen van een risicosituatie tijdens de borstvoedingsperiode zoals geregeld in het Spaanse recht, is het tweede aspect van de twijfel de vraag hoe die regels moeten worden toegepast. Om precies te zijn, gaat het erom overeenkomstig voornoemd artikel 19 vast te stellen welke feiten kunnen worden geacht „directe of indirecte discriminatie te kunnen doen vermoeden” en wat de verweerder moet aantonen om te „bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden”.

Kijken wij naar het in casu bestaande bewijsmateriaal (omissis), dan neemt die twijfel vaste vorm aan in de vraag of een door de directe chef van de verzoekende werknemster opgesteld rapport waarin de bestaande risico's nader worden omschreven, een voldoende aanwijzing is voor het bestaan van discriminatie op grond van geslacht en of een door de onderneming na overleg met werknemersvertegenwoordigers opgestelde lijst van functies en een rapport van de preventieafdeling waarin de verzoekende werknemster zonder verdere uitleg geschikt wordt verklaard ondanks dat zij borstvoeding geeft, volstaan om aan te tonen dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden.

Nog steeds in de veronderstelling dat er aanwijzingen zijn voor het bestaan van het risico, omvat de bewijsproblematiek ook de verdeling van de bewijslast met betrekking tot de overige vereisten voor het bestaan van een risicosituatie tijdens de borstvoedingsperiode (artikel 26, lid 3, juncto lid 4, LPRL, waarbij artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 is omgezet), dat wil zeggen de vraag of de werknemster ermee kan volstaan het bestaan van dat risico met aanwijzingen aan te tonen dan wel of zij ook moet aantonen (1) dat het niet mogelijk is om de arbeidsomstandigheden of de arbeidstijd aan te passen of dat de arbeidsomstandigheden ondanks een dergelijke aanpassing negatieve gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid van de zwangere werknemster of de **[Or. 10]** zuigeling (artikel 26, lid 2, juncto lid 4, LPRL, waarbij artikel 5, lid 2, van richtlijn 92/85 is omgezet) en (2) dat het technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd om van werk te veranderen (artikel 26, lid 3, juncto lid 4, LPRL, waarbij artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 is omgezet). Of moeten al die omstandigheden door de verwerende

partijen worden aangetoond om iedere schending van het gelijkheidsbeginsel uit te sluiten?

TEN VIJFDE – Gelet op een en ander beslist het Tribunal Superior de Justicia de Galicia om het Hof krachtens artikel 267 VWEU (oud artikel 234 EG) te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de in het dictum geformuleerde vragen.

(omissis)

DICTUM

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- 1) Zijn de regels inzake de bewijslast van artikel 19 van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) van toepassing op de risicosituatie tijdens de borstvoedingsperiode als bedoeld in artikel 26, lid 4, juncto lid 3, van de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, waarbij artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie in Spaans recht is omgezet?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, kan het feit dat de uitoefening van het beroep van verpleegster op een spoeddienst van een ziekenhuis risico's inhoudt voor het geven van borstvoeding, die zijn aangetoond in een gemotiveerd rapport van een arts die tegelijk het hoofd is van de spoeddienst van het ziekenhuis waar de werkneemster werkt, directe of indirecte discriminatie doen vermoeden in de zin van artikel 19 van de richtlijn? **[Or. 11]**
- 3) Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, kunnen de omstandigheden dat de door de werkneemster vervulde functie in de door de onderneming na overleg met werknemersvertegenwoordigers opgestelde lijst van functies als risicovrij is aangeduid en dat de betrokken afdeling preventieve geneeskunde / preventie van arbeidsrisico's van het ziekenhuis een geschiktheidsverklaring heeft afgegeven, zonder dat in die documenten nader wordt toegelicht hoe tot die conclusies is gekomen, worden geacht in ieder geval zonder twijfel aan te tonen dat het gelijkheidsbeginsel in de zin van voornoemd artikel 19 niet is geschonden?
- 4) Indien de tweede vraag bevestigend en de derde vraag ontkennend wordt beantwoord, wie van de partijen – de verzoekende werkneemster dan wel de

verwerende werkgever – moet op grond van artikel 19 van richtlijn 2006/54, wanneer vaststaat dat de verrichte arbeid risico's inhoudt voor de moeder of het borstkind, aantonen (1) dat het niet mogelijk is om de arbeidsomstandigheden of de arbeidstijd aan te passen of dat de arbeidsomstandigheden ondanks een dergelijke aanpassing negatieve gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid van de zwangere werkneemster of de zuigeling (artikel 26, lid 2, juncto lid 4, van de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, waarbij artikel 5, lid 2, van richtlijn 92/85 is omgezet) en (2) dat het technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd om van werk te veranderen (artikel 26, lid 3, juncto lid 4, van de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, waarbij artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 is omgezet)?

(omissis) [De behandeling van de zaak] WORDT GESCHORST in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

(omissis)