



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
N. WAHL  
fremsat den 26. september 2013<sup>1</sup>

**Sag C-363/12**

**Z  
mod**

**A Government department og Board of management of a community school**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Equality Tribunal (Irland))

»Socialpolitik — surrogatmoderskab — ret til orlov svarende til barsels- eller adoptionsorlov — direktiv 2006/54/EF — ligebehandling af mænd og kvinder — rækkevidde — De Forenede Nationers konvention om rettigheder for personer med handicap — direktiv 2000/78/EF — ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv — rækkevidde — handicapbegrebet — deltagelse i arbejdslivet — artikel 5 — tilpasninger i rimeligt omfang«

1. Surrogatmoderskab – en til stadighed mere anvendt form for medicinsk støttet forplantning – er et politisk og samfundsmæssigt følsomt anliggende i en række medlemsstater. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der er indgivet af Equality Tribunal (Irland), og CD-sagen<sup>2</sup> vidner om surrogatmoderskabets aktualitet – til trods for dets forholdsmæssigt begrænsede rolle – og de komplekse juridiske (og etiske) problemstillinger, der er forbundet med en regulering heraf. Den nuværende lovgivning er meget forskellig i medlemsstaterne: Surrogatmoderskab går fra at være lovligt og nøje reguleret til at være ulovligt eller – som i tilfældet med Irland – ureguleret, og der er stor forskel mellem medlemsstaterne imellem med hensyn til, hvordan surrogataftaler og navnlig procedurerne med henblik herpå bør reguleres.

2. I hovedsagen har en kvinde, som ikke er i stand til at gennemføre en graviditet, fået sit genetiske barn via en surrogataftale. Er hun ifølge EU-retten berettiget til orlov med løn fra arbejdspladsen svarende til barsels- eller adoptionsorlov? Dette er kernen i det spørgsmål, Domstolen skal besvare.

### **I – Retsforskrifter**

#### *A – International ret*

3. I litra e) i præamblen til De Forenede Nationers konvention af 13. december 2006 om handicappedes rettigheder<sup>3</sup> (herefter »FN-konventionen«) anerkendes det, at »handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsmæssige og omgivelsesbestemte barrierer, som hindrer deres fulde og effektive deltagelse i samfundslivet på lige fod med andre«.

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> — Sag C-167/12, CD, der verserer for Domstolen.

<sup>3</sup> — Ratificeret af Den Europæiske Union den 23.12.2010. Jf. Rådets afgørelse 2010/48/EF af 26.11.2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder (EUT L 23, s. 35) (»Rådets afgørelse 2010/48«).

4. FN-konventionens artikel 1 bestemmer, at personer »med handicap omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hæmme dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre«.

## B – EU-ret

### 1. Direktiv 92/85/EØF

5. I ottende betragtning til direktiv 92/85<sup>4</sup> understreges det, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, betragtes som en særlig risikogruppe, og at der må træffes foranstaltninger til beskyttelse af deres sikkerhed og sundhed.

6. Ifølge 14. betragtning nødvendiggør sårbarheden hos arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, en ret til barselsorlov.

7. I henhold til artikel 1 i direktiv 92/85 er formålet med direktivet »at iværksætte foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer«.

8. I henhold til artikel 8 træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2<sup>5</sup> barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

9. Artikel 11, stk. 2, bestemmer, at i det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8, skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere under barselsorlov.

### 2. Direktiv 2006/54/EF

10. 23. betragtning til direktiv 2006/54<sup>6</sup> henviser til Domstolens retspraksis, hvorefter negativ forskelsbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet og barsel udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn, og præciserer, at en sådan forskelsbehandling derfor er omfattet af direktivet. I 24. betragtning, hvori der ligeledes henvises til Domstolens retspraksis, er det tilføjet, at det er legitimt at beskytte kvinder på grund af deres biologiske tilstand under graviditet og barsel såvel som via beskyttelsesforanstaltninger i forbindelse med barsel som et middel til at opnå reel ligestilling.

11. Ifølge 27. betragtning er det op til medlemsstaterne selv »at afgøre, om de vil give en [...] ret til [fædre]orlov efter et barns fødsel eller adoption[sorlov]«. Det er også op til medlemsstaterne »at fastlægge andre forhold ud over afskedigelse og tilbagevenden til arbejde, der ligger uden for direktivets anvendelsesområde«.

12. Artikel 2 i direktiv 2006/54 indeholder de definitioner, der skal anvendes i dette direktiv.

4 — Rådets direktiv af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

5 — Artikel 2 definerer i litra a) en »gravid arbejdstager« som »enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis«, og i litra b) en »arbejdstager, som lige har født« som »enhver arbejdstager, som lige har født som defineret efter national lovgivning og/eller praksis, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med denne lovgivning og/eller praksis«.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) (EUT L 204, s. 23).

13. I henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/54 er der tale om »direkte forskelsbehandling«, når »en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation«. I henhold til artikel 2, stk. 1, litra b), er der tale om »indirekte forskelsbehandling«, når »en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige«. Derudover bestemmer artikel 2, stk. 2, litra c), at forskelsbehandling ifølge direktivet omfatter »enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselorlov som defineret i direktiv 92/85[...]«.

14. Artikel 4 forbyder enhver form for forskelsbehandling med hensyn til køn »for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår«.

15. Artikel 14 forbyder enhver form for forskelsbehandling på grund af køn med hensyn til adgang til beskæftigelse, adgang til uddannelse, ansættelses- og arbejdsvilkår og medlemskab af og deltagelse i en arbejdstagerorganisation.

16. Artikel 16 i direktiv 2006/54 vedrører fædreorlov og adoptionsorlov. Den bestemmer:

»Dette direktiv gælder med forbehold af medlemsstaternes ret til at anerkende en særskilt ret til fædreorlov og/eller adoptionsorlov. De medlemsstater, som anerkender en sådan ret, træffer de nødvendige foranstaltninger for at beskytte mandlige og kvindelige arbejdstagere mod afskedigelse på grund af udøvelsen af denne ret, og for at sikre, at de ved afslutningen af en sådan orlov har ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for dem, og til at drage fordel af de forbedringer i arbejdsforholdene, som de ville have været berettiget til under deres fravær.«

### 3. Direktiv 2000/78/EF

17. Ifølge 20. betragtning til direktiv 2000/78<sup>7</sup> bør der vedtages passende foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet. Effektive og praktiske foranstaltninger kan bestå i »at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion«.

18. I 21. betragtning præciseres det, at »[n]år det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte«.

19. Artikel 3 definerer direktivets anvendelsesområde. Den bestemmer:

»1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervs-mæssig beskæftigelse [...]

[...]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn [...]«

7 — Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16).

20. Begrebet »tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang« er defineret i direktivets artikel 5. Bestemmelsen præciserer, at »arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den [...], medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde«.

### C – Irsk ret

21. Irsk lovgivning regulerer ikke surrogatmoderskab. Der findes derfor ingen bestemmelser om orlov med løn fra arbejdspladsen, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, til forældre, hvis børn er født via en surrogataftale.

22. Hvad angår barselsorlov bestemmer section 8 i Maternity Protection Act 1994 (lov om beskyttelse af mødre, herefter »1994-loven«) (som ændret)<sup>8</sup>, at »gravide arbejdstagere« (min fremhævelse) er berettiget til orlov, den såkaldte »barselsorlov«. Den lovbestemte mindsteorlov er fastsat til 26 uger. For at der kan bevilges barselsorlov forudsættes det, at arbejdsgiveren underrettes om arbejdstagerens planer om at tage barselsorlov, og at der til arbejdsgiveren indleveres en lægeerklæring eller anden relevant dokumentation, som bekræfter graviditeten med angivelse af den uge, hvor fødslen forventes at finde sted.

23. Adoptionsorlov er reguleret i Adoptive Leave Act 1995 (lov om adoptionsorlov af 1995)<sup>9</sup> (som ændret). I henhold til lovens section 6 har en erhvervsaktiv adoptivmor eller enlig mand, der adopterer, ret til adoptionsorlov fra og med datoen for modtagelsen af adoptivbarnet. Den lovbestemte mindsteorlov er fastsat til 24 uger fra modtagelsen. For at der kan bevilliges adoptionsorlov forudsættes det, at arbejdsgiveren på forhånd underrettes om adoptionen og forsynes med den relevante dokumentation herfor<sup>10</sup>.

## II – Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

24. Z er lærer på en skole, der ledes af et offentligt organ i Irland. Hun lider af en sjælden sygdom, som bevirker, at hun, selv om hun har raske æggestokke og i øvrigt er frugtbar, ikke har nogen livmoder og ikke kan gennemføre en graviditet.

25. For at kunne få et barn arrangerede Z og hendes mand en surrogatmor til at føde et barn i Californien, Amerikas Forenede Stater. Der blev i april 2010 født et barn via denne surrogataftale. Barnet er parrets genetiske barn, og der findes ingen henvisning til surrogatmoderen i dets amerikanske fødselsattest.

26. Z's ansættelses- og arbejdsvilkår omfatter en ret til adoptionsorlov og barselsorlov med løn. Der findes hverken i loven eller i Z's ansættelseskontrakt nogen udtrykkelig bestemmelse om orlov i forbindelse med fødslen af et barn via en surrogataftale.

8 — Irish Statute Book (irsk lovsamling) nr. 34, 1994.

9 — Irish Statute Book (irsk lovsamling) nr. 2, 1995.

10 — Hvad angår disse to former for orlov afgøres berettigelsen til løn på grundlag af de betingelser, som er fastsat i ansættelseskontrakten. Den berørte person kan imidlertid være berettiget til ydelser ved barsel eller adoption. Social Welfare (Consolidation) Act 2005 (lov om social forsorg af 2005) (konsolideret udgave) indeholder bestemmelser om betaling af barselsydelse (kapitel 9) og adoptionsydelse (kapitel 11), forudsat at visse betingelser er opfyldt.

27. I løbet af surrogatmoderens graviditet indgav Z imidlertid en ansøgning om adoptionsorlov. Efter at have fået afslag på orlov med løn og efter alene at være blevet tilbudt forældreorlov uden løn<sup>11</sup> indbragte Z sagen for Equality Tribunal. Hun gjorde gældende, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, familiemæssig situation og handicap.

28. Idet Equality Tribunal er i tvivl om rækkevidden og fortolkningen af de relevante EU-retlige bestemmelser, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Under henvisning til følgende bestemmelser i Den Europæiske Unions primære ret:

- i) artikel 3 i traktaten om Den Europæiske Union
- ii) artikel 8 og 157 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og/eller
- iii) artikel 21, 23, 33 og 34 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

skal direktiv 2006/54[...], navnlig dets artikel 4 og 14, da fortolkes således, at der er tale om forskelsbehandling på grund af køn, når en kvinde – der har fået sit genetiske barn via en surrogataftale, og som er ansvarlig for sit genetiske barns pleje fra fødslen – nægtes orlov med løn fra arbejdspladsen svarende til barsels- og/eller adoptionsorlov?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, er direktiv 2006/54[...] da foreneligt med de ovenstående bestemmelser i Den Europæiske Unions primære ret?

3) Under henvisning til følgende bestemmelser i Den Europæiske Unions primære ret:

- i) artikel 10 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og/eller
- ii) artikel 21, 26 og 34 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

skal direktiv 2000/78[...], og navnlig dets artikel 3, stk. 1, og artikel 5, da fortolkes således, at der er tale om forskelsbehandling på grund af handicap, når en kvinde – som har et handicap, der bevirker, at hun ikke er i stand til at føde, og som har fået sit genetiske barn via en surrogataftale, og som er ansvarlig for sit genetiske barns pleje fra fødslen – nægtes orlov med løn fra arbejdspladsen svarende til barsels- og/eller adoptionsorlov?

4) Såfremt det tredje spørgsmål besvares benægtende, er direktiv 2000/78[...] da foreneligt med de ovenstående bestemmelser i Den Europæiske Unions primære ret?

5) Kan [FN-konventionen] påberåbes med henblik på at fortolke og/eller anfægte gyldigheden af direktiv 2000/78[...]?

6) Såfremt det femte spørgsmål besvares bekræftende, er direktiv 2000/78[...], og navnlig dets artikel 3 og 5, da foreneligt med artikel 5, artikel 6, artikel 27, stk. 1, litra b), og artikel 28, stk. 2, litra b), i [FN-konventionen]?«

11 — The Department of State responsible for education within the State (det irske uddannelsesministerium) bevilgede orlov uden løn for den periode Z opholdt sig i Californien forud for hendes barns fødsel. Efter fødslen kunne Z tage lovbestemt forældreorlov fra fødslen frem til slutningen af skoleåret 2010 og igen fra starten af det efterfølgende skoleår. Hun havde højst ret til 14 ugers forældreorlov. Z var også berettiget til at få udbetalt almindelig løn i sommermånederne.

29. Der er indgivet skriftlige indlæg af Z, A Government Department og bestyrelsen på en kommunalskole i Irland samt af Irland og den portugisiske regering tillige med Parlamentet, Rådet og Kommissionen. Under retsmødet den 28. maj 2013 blev der afgivet mundtlige indlæg af Z, Irland, Parlamentet, Rådet og Kommissionen.

### III – Bedømmelse

#### A – Indledende bemærkninger

30. For en bedre forståelse af den foreliggende sags samfundsmæssige sammenhæng mener jeg, at det er nødvendigt med en kort gennemgang af de vigtigste (retlige og faktiske) aspekter af surrogatmoderskabet<sup>12</sup>.

31. Der findes forskellige former for surrogatmoderskab. Ved den »traditionelle« form bliver surrogatmoderen (en kvinde, der hjælper de ordregivende forældre<sup>13</sup> med at blive forældre ved gennemføre en graviditet for dem) gravid ved hjælp af den ordregivende faders sæd og sine egne æg. Værts- eller gestationelt surrogatmoderskab indebærer derimod in vitro-befrugtning (IVF), hvorved det æg, som benyttes under befrugtningen, enten frembringes af den ordregivende moder eller en donor. Ved gestationelle surrogataftaler er surrogatmoderen ikke genetisk beslægtet med det barn, hun er gravid med.

32. Der kan være mange forskellige årsager til, at man benytter sig af surrogatmoderskabet. I den ene ende af spektret kan der være tale om personer, der gør brug af det af personlige årsager. I den anden ende af spektret er der par, som af forskellige årsager, der skyldes barnløshed, sygdom eller handicap, ikke er i stand til at få et barn på traditionel vis. Surrogatmoderskabet gør det også muligt for par af samme køn at opfylde deres ønske om at få et barn, der genetisk er beslægtet med en af de ordregivende forældre.

33. Surrogatmoderskabet giver ikke alene anledning til en række komplicerede retlige spørgsmål vedrørende de aftalemæssige aspekter af sådanne aftaler (f.eks., om det er lovligt at indgå en sådan aftale, og endvidere, hvorvidt surrogatmødre er berettigede til økonomisk kompensation for den tjeneste, de leverer). Efter barnets fødsel er der andre problemstillinger at forholde sig til.

34. Afhængigt af, hvilken medlemsstat der er tale om, opstår der som følge af et barns fødsel via en surrogataftale en række komplicerede retlige spørgsmål, herunder: Hvem skal anses for at være barnets lovmæssige forældre?<sup>14</sup>, og mere specifikt: Hvordan fastlægges de ordregivende forældres forældrerettigheder? Et andet, men hermed tæt forbundet spørgsmål er, i hvilken udstrækning rettigheder, såsom barsel- eller adoptionsorlov med løn, bør tildeles forældre, som benytter sig af en surrogataftale. Ud over visse undtagelser ser det ud til, at disse og mange andre spørgsmål, som er forbundet med denne særlige form for medicinsk støttet forplantning, endnu ikke er reguleret på tilfredsstillende vis i mange medlemsstater.

12 — For et overblik over surrogataftaler og de hermed forbudne retlige aspekter jf. f.eks. Trimmings, K. and Beaumont, P., »General Report on Surrogacy«, i Trimmings, K. and Beaumont, P. (eds), »International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level«, Hart Publishing, Oxford 2013, s. 439-549.

13 — »Commissioning parents« (ordregivende forældre) er par, som benytter sig af surrogatmoderskab med henblik på at få et barn. I nogle tilfælde anvendes også udtrykket »intended parents«.

14 — Dette er navnlig et problematisk spørgsmål i forhold til den ordregivende moder, således som illustreret ved en nylig sag for High Court i Irland. Jf. sag *M.R & Anor v An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91, der blev appelleret til Supreme Court. Det lader rent faktisk til, at i en række medlemsstater anses den kvinde, som føder barnet, i medfør af maksimen *mater semper certa est* for at være moderen i retlig forstand, selv om barnet ikke nødvendigvis er hendes genetiske barn. Den genetiske fars status er imidlertid ikke nær så kompliceret, eftersom formodningen for faderskab kan afkræftes i de fleste retssystemer. Jf. hvad angår retlige løsninger i de forskellige retssystemer Monéger, F. (ed.), »Surrogate motherhood: XVIIIth Congress, Washington, D.C. 25–30 July 2010«, Société de législation comparée, Paris, 2011.

35. Der er desuden yderligere vanskeligheder forbundet med grænseoverskridende aftaler om surrogatmoderskab. Det grænseoverskridende element kan give anledning til en række vanskelige spørgsmål vedrørende navnlig, hvilke familie- og immigrationsmæssig status et barn, der er født via sådan en aftale, har. Den kommercielle karakter af sådanne aftaler er i de fleste medlemsstater ikke uproblematisk<sup>15</sup>.

36. I retssystemer med en liberal lovgivning, såsom Ukraine eller staten Californien i De Forenede Stater, anses de ordregivende forældre for at være forældre til barnet i retlig forstand. Det er derimod ikke usædvanligt, at national ret i EU-medlemsstaterne først og fremmest beskytter den kvinde, som føder barnet (og hendes mand eller partner). En streng anvendelse af lovvalgsregler og navnlig offentlige hensyn i forbindelse med beslutninger angående den status ordregivende forældre og børn, som fødes via surrogataftaler, har, kan i sagens natur føre til en beklagelig »retlig uvished«, hvorved børn risikerer ikke at få nogen forældre eller retlig status<sup>16</sup>.

37. Den foreliggende sag – og lignende sager om surrogatmoderskab i det nuværende retlige landskab – berører grundlæggende spørgsmål vedrørende afgrænsningen af, hvilke former for medicinsk støttet forplantning, der kan accepteres socialt og kulturelt. Det kan i denne forbindelse være vanskeligt at adskille de ovenfor nævnte retlige spørgsmål fra de politiske, etiske og kulturelle betragtninger, der er forbundet med surrogatmoderskabet.

38. Når dette er sagt, vil jeg gerne understrege, at i den foreliggende sag skal Domstolen udelukkende tage stilling til, om retten til orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, for en kvinde, som har fået sit genetiske barn via en surrogataftale, er beskyttet *i henhold til EU-retten*. Mens den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den omhandlede afledte ret er gyldig, mener jeg, at denne anmodning om præjudiciel afgørelse først og fremmest er en fortolkningsanmodning, der vedrører fortolkningen af de relevante bestemmelser i den afledte EU-lovgivning.

39. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige en præcisering på to områder. For det første spørges, om direktiv 2006/54 er til hinder for, at en mor, som har fået et barn via en surrogataftale, får afslag på orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, fordi afslaget udgør forskelsbehandling på grund af køn? For det andet spørges, om et sådant afslag udgør forskelsbehandling på grund af handicap som omhandlet i direktiv 2000/78, når den ordregivende mor lider af en sygdom, der bevirker, at hun ikke er i stand til at føde?

40. Et bekræftende svar på disse to spørgsmål forudsætter nødvendigvis, at direktiverne finder anvendelse på de i hovedsagen omhandlede omstændigheder. Sagens kerne er dermed at fastlægge disse retlige foranstaltningers rækkevidde.

41. Af grunde, som jeg vil gennemgå nedenfor, mener jeg, at en kvinde som Z hverken kan udlede en ret til orlov med løn af direktiv 2006/54 eller af direktiv 2000/78. Jeg vil indledningsvis beskæftige mig med direktiv 2006/54 (og direktiv 92/85, der navnlig omhandler spørgsmålet om barselsorlov i medfør af EU-retten). Dernæst vil jeg beskæftige mig med direktiv 2000/78.

15 — Jf. vedrørende internationale kommercielle surrogatmoderskaber, Brugger, K., »International law in the gestational surrogacy debate«, *Fordham International Law Journal*, 3(35) 2012, s. 665-697. Idet hun udtrykker sig i meget kraftige vendinger, henviser hun til »global handel med livmodere« og »surrogatmoderskabsindustrien«.

16 — Jf. f.eks. K. Trimmings og P. Beaumont, s. 503-528. Jf. ligeledes N. Gamble, »International surrogacy law conference in Las Vegas 2011«, *Family Law*, februar 2012, s. 198-201, navnlig for så vidt angår de nævnte eksempler.

## B – Forskelsbehandling på grundlag af køn

### 1. Formålet med direktiv 92/85 for så vidt angår barselsorlov

42. Med det første spørgsmål ønsker den foreliggende ret at få oplyst, om et afslag på orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende udgør forskelsbehandling, der er ulovlig i henhold til direktiv 2006/54. Selv om forelæggelseskendelsen ikke indeholder en udtrykkelig henvisning til direktiv 92/85, finder jeg det nødvendigt at indlede med en afgrænsning af anvendelsesområdet for den beskyttelse, som EU-retten giver i forbindelse med barselsorlov. Årsagen til dette er, at den foreliggende sag rejser spørgsmålet, om en kvinde, som får sit genetiske barn via en surrogataftale, bør være omfattet af en beskyttelse svarende til den, der er fastsat i direktiv 92/85, i samme udstrækning som en kvinde, der føder et barn.

43. Direktiv 92/85 regulerer ene og alene retten til barselsorlov i henhold til EU-retten.

44. Som Z selv har erkendt, har hun ikke været gravid, og hun har heller ikke født i den i direktiv 92/85 omhandlede betydning. Hvad angår den beskyttelse, der sikres ved dette direktiv, og som blev vedtaget på baggrund af EØF-traktatens artikel 118a (nu artikel 153 TEUF), er det åbenlyst, at formålet med den i direktivet omhandlede beskyttelse er at tilskynde til en forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdspladsen for gravide arbejdstagere<sup>17</sup>. Det har kort sagt til formål at beskytte disse arbejdstageres fysiske og mentale helbred. Til illustration heraf påpeges det i ottende betragtning til direktivet, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, i mange henseender må betragtes som en særlig risikogruppe, og at der må træffes foranstaltninger til beskyttelse af deres sikkerhed og sundhed<sup>18</sup>.

45. Det er ydermere tydeligt ud fra 14. betragtning til direktiv 92/85, som understreger sårbarheden hos arbejdstagere, som lige har født, sammenholdt med direktivets artikel 8, der vedrører barselsorlov, at den beskyttelse af sundhed og sikkerhed, der ydes i henhold til dette direktiv, tager sigte på kvinder, der har født et barn. Retten til barselsorlov er defineret til at være mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter *fødslen* (min fremhævelse). Formålet med artikel 8 er derfor at beskytte kvinden i en periode både før og efter fødslen, hvor hun er særligt sårbar. Domstolen har i samme ånd understreget dette aspekt af barselsorloven, idet den har bemærket, at barselsorlov i modsætning til forældreorlov tager sigte på at beskytte kvindens fysiske tilstand og det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen<sup>19</sup>.

46. Mere generelt tilsigter direktiv 92/85 bl.a. gennem barselsorloven at hjælpe kvindelige arbejdstagere med at overkomme de fysiske og mentale belastninger, der er forbundet med en graviditet og tiden efter fødslen, og at lette deres genindtræden på arbejdsmarkedet. Direktivet er derfor et middel til at øge ligheden mellem kønnene.

47. Det er korrekt, at Domstolen, som det fremgik ovenfor, ved fastlæggelsen af formålet med barselsorlov i henhold til direktiv 92/85 også lagde vægt på det særlige forhold, der opstår mellem kvinden og hendes barn efter fødslen. Det er imidlertid min opfattelse, at dette formål skal anskues i den rette kontekst, dvs. som en logisk følge af en fødsel (og amning). Såfremt dette formål tillægges en selvstændig betydning, vil formålet med beskyttelsen i artikel 8 i direktiv 92/85 efter min mening ikke kunne begrænses til kun at omfatte kvinder, der har født, men må nødvendigvis også omfatte mødre, som har adopteret, eller enhver anden forælder, der tager sig af sit nyfødte barn.

17 — Jf. navnlig dom af 26.2.2008, sag C-506/06, Mayr, Sml. I. s. 1017, præmis 31.

18 — Jf. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i Mayr-sagen, punkt 41 og 42.

19 — Dom af 20.9.2007, sag C-116/06, Kiiski, Sml. I. s. 7643, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.



48. Henset til det præcise formål om at beskytte sundheden og sikkerheden for arbejdstagere i en sårbar situation kan jeg ikke fortolke direktiv 92/85 således, at det beskytter retten til orlov med løn, svarende til barselsorlov, i et tilfælde, hvor en mor har fået sit genetiske barn via en surrogataftale. Selv om Z er den genetiske mor til det barn, der er født via en surrogataftale, er jeg ikke overbevist om, at denne omstændighed i sig selv kan bevirke, at anvendelsesområdet for direktiv 92/85 generelt kan udvides til at beskytte moderskabet eller for den sags skyld forældreskabet, da dette ville være i strid med selve ordlyden heraf og de heri tydeligt fastlagte formål.

49. Jeg skal imidlertid tilføje, at eftersom beskyttelsesniveauet i henhold til direktiv 92/85 udelukkende er en minimumsbeskyttelse, kan medlemsstaterne selvfølgelig altid yde en videre beskyttelse, både til biologiske mødre, surrogatmødre og mødre, som har adopteret (og fædre). Efter min opfattelse har medlemsstaterne en bred skønsmargen med hensyn til i tillæg til den type orlov, som følger af artikel 2, litra b), i direktiv 92/85, at give en ret til orlov med løn, som – hvis det findes hensigtsmæssigt – også udstrækker sig til arbejdstagere, der ikke har født et barn.

50. At den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning ikke udstrækker retten til barselsorlov til ordregivende mødre kan ikke fortolkes som værende i strid med direktiv 92/85. Dette skyldes ganske enkelt, at Z ikke er omfattet af det *personelle* anvendelsesområde for direktiv 92/85.

51. Hvad dette angår skal jeg understrege, at en udvidelse af anvendelsesområdet for direktiv 92/85 – og dermed en udvidelse af retten til orlov med løn fra arbejdspladsen til en kvindelig arbejdstager, hvis genetiske barn fødes af en surrogatmor – ville føre til en situation med modstridende regler, hvor direktiv 92/85 ville udvide retten til orlov med løn til en kvindelig arbejdstager, som benytter sig af en surrogataftale, mens det ikke ville udvide en sådan ret til at omfatte en arbejdende mor, der adopterer – eller til fædre for den sags skyld – uanset, om der er tale om surrogataftaler eller lignende. På nuværende tidspunkt kan der ikke af EU-retten afledes en forpligtelse for medlemsstaterne til at sikre adoptions- og/eller forældreorlov med løn.

52. Som det tydeligt fremgår af artikel 1 i direktiv 92/85, sammenholdt med ottende betragtning hertil, omfatter direktivet udelukkende en særlig kategori af arbejdstagere, som ifølge EU-lovgiver har et særligt behov for beskyttelse. I denne forbindelse mener jeg ikke, at en kvinde, der benytter sig af en surrogatmor, kan sidestilles med en kvinde, der, efter at have været gravid, med de fysiske og mentale belastninger, der er forbundet med en graviditet, føder et barn.

53. Som anført af den forelæggende ret, udelukker dette ikke *i sig selv* beskyttelse i henhold til direktiv 2006/54. Dette er bekræftet af Domstolens dom i Mayr-sagen<sup>20</sup>, der drejede sig om det tidsmæssige aspekt af begrebet graviditet i forbindelse med en in vitro-fertilitetsbehandling.

2. Er Z omfattet af direktiv 2006/54?

54. Såfremt direktiv 2006/54 skal finde anvendelse, skal den påberåbte forskelsbehandling være baseret på køn. Med henblik på at illustrere, hvorfor jeg ikke mener, at dette er tilfældet i den foreliggende sag, skal jeg indledningsvis forklare, hvorfor den foreliggende sag bør adskilles fra Mayr-sagen. Jeg vil dernæst berøre problemet vedrørende fastlæggelsen af det korrekte sammenligningsgrundlag.

20 — Mayr-dommen, præmis 44.

55. Jeg skal for det første bemærke, at der i Domstolens omfattende retspraksis foretages en sondring mellem på den ene side forskelsbehandling på grundlag af graviditet og barsel i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/54 og på den anden side andre former for forbud mod ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn i direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) eller litra b)<sup>21</sup>. Ifølge maksimen »ens situationer skal behandles ens« eller i modsat fald »forskellige situationer skal ikke behandles ens« er det anerkendt, at selv om det ikke forudsættes, at der foreligger et sammenligningsgrundlag ved forskelsbehandling på grundlag af graviditet eller barsel, som følge af den (kønsbetingede) særlige karakter af graviditet eller barsel<sup>22</sup>, er dette en forudsætning ved andre former for forskelsbehandling på grundlag af køn.

56. Hvad nærmere bestemt angår Mayr-dommen skal jeg bemærke, at Domstolen konkluderede, at en kvindelig arbejdstager, som gennemgår en in vitro-fertilitetsbehandling ikke kan påberåbe sig beskyttelsen i direktiv 92/85 i forbindelse med en afskedigelse, såfremt det befrugtede æg endnu ikke er opsat i hendes livmoder<sup>23</sup>. Domstolen undersøgte imidlertid videre, om sådan en arbejdstager, der ikke er gravid i direktiv 92/85's forstand, ikke desto mindre kunne påberåbe sig den beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af køn, som direktiv 76/207/EØF<sup>24</sup>, der nu er erstattet af direktiv 2006/54<sup>25</sup>, giver.

57. Ifølge Domstolen udgør afskedigelse af en kvindelig arbejdstager, fordi hun modtager en særlig behandling<sup>26</sup>, som udgør et afgørende led i in vitro-fertilitetsbehandlingen, og som alene direkte vedrører kvinder, direkte forskelsbehandling på grundlag af køn<sup>27</sup>. Dette ræsonnement kunne allerede udledes af Dekker-dommen<sup>28</sup>, hvor Domstolen fastslog, at det udelukkende er kvinder, der er udsat for mindre gunstig behandling som følge af graviditet. Ved en udvidelse af denne praksis sondrede Domstolen i Mayr-dommen mellem kønsspecifik lægebehandling (i forbindelse med graviditet) og kønsspecifik sygdom (i forbindelse med graviditet, men som opstår efter endt barselsorlov)<sup>29</sup>.

58. Den holdning, som fremgår af Mayr-dommen, skal ses i sammenhæng med det formål, som forfølges med en in vitro-fertilitetsbehandling, der er at gøre den omhandlede kvinde gravid ved hjælp af en medicinsk behandling. Henvisningen til formålet med artikel 2, stk. 3<sup>30</sup>, i direktiv 76/207, som er at beskytte kvinder og navnlig gravide arbejdstagere, bekræfter, at den omhandlede ulovlige forskelsbehandling i dette tilfælde var affødt af den tætte forbindelse mellem på den ene side de (køns)specifikke træk ved den omhandlede behandling, som udelukkende påvirker kvinder, og på den anden side graviditet, der tillægges en særlig beskyttelse i henhold til EU-retten<sup>31</sup>.

21 — Jf. bl.a. dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 17, af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 40, af 30.3.2004, sag C-147/02, Alabaster, Sml. I, s. 3101, præmis 46, af 8.9.2005, sag C-191/03, McKenna, Sml. I, s. 7631, præmis 50, og af 17.12.2009, sag C-471/08, Parviainen, Sml. I, s. 6533, præmis 40. Domstolen har gentagne gange understreget, at kvinder, som tager barselsorlov i henhold til direktiv 92/85, befinder sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, der ikke kan sammenlignes med den situation, som en mand, eller en kvinde, som faktisk arbejder eller som er på sygeorlov, befinder sig i. Jf. ligeledes forslag til afgørelse af 21.2.2013 fra generaladvokat Kokott i de forenede sager C-512/11 og C-513/11, Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN, punkt 47 og 48.

22 — Jf. 23. og 24. betragtning til direktiv 2006/54.

23 — Mayr-dommen, præmis 53.

24 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

25 — Mayr-dommen, præmis 54.

26 — Nemlig en follikelpunktion og opsætning i kvindens livmoder af æg, der hidrører fra denne punktion, umiddelbart efter deres befrugtning.

27 — Mayr-dommen, præmis 50.

28 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12. Ifølge Domstolen udgør en beslutning om ikke at ansætte en kvinde, fordi hun er gravid, ulovlig forskelsbehandling, eftersom det udelukkende er kvinder, der kan nægtes ansættelse som følge af graviditet.

29 — Jf. navnlig McKenna-dommen, præmis 45-54 og den deri nævnte retspraksis. Henset til den særlige tilstand under graviditet er kvindelige arbejdstagere beskyttet mod afskedigelse under graviditeten indtil afslutningen på barselsorloven. Efter barselsorloven opstår spørgsmålet imidlertid, om en kvindelig arbejdstager behandles på samme måde som en mandlig arbejdstager hvad angår fravær som følge af sygdom. Hvis det er tilfældet, er der ikke tale om forskelsbehandling på grundlag af køn.

30 — Den tidligere artikel 2, stk. 3, bestemte, at direktivet »gælder med forbehold af bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«.

31 — Mayr-dommen, præmis 51.

59. Henset til at den mindre gunstige behandling, som Z har påberåbt sig, ikke skyldes, at hun er – eller bliver – gravid som følge af en in vitro-fertilitetsbehandling, hun har gennemgået, men den omstændighed, at hun er den kvindelige forælder til et barn, finder jeg det nødvendigt at identificere en mandlig referenceperson.

60. Jeg skal endvidere understrege, at i modsætning til Mayr-dommen vedrører hovedsagen ikke afskedigelse. Der er tale om retten til en særlig form for aflønning, og vedrører derfor snarere artikel 4 i direktiv 2006/54 (selv om den forelæggende ret også henviser til dens artikel 14), som forbyder alle former for forskelsbehandling på grundlag af køn »for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår«.

61. I denne henseende har jeg svært ved at acceptere, at Z har været udsat for ulovlig forskelsbehandling på *grundlag af køn*.

62. I den foreliggende sag er den forskelsbehandling, som Z har påberåbt sig, ikke baseret på køn, men på de nationale myndigheders afslag på at sidestille en ordregivende mors situation med situationen for kvinde, der har født eller adopteret. Direktiv 2006/54 finder således ikke anvendelse på den mindre gunstige behandling, som Z har påberåbt sig.

63. En mandlig forælder til et barn, der er født via en surrogataftale (eller lignende), ville nemlig blive behandlet på samme måde som Z i en tilsvarende situation. Det må derfor antages, at ligesom en kvindelig ordregivende forælder ville han ikke være berettiget til orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov. Det er min opfattelse, at det i sig selv vil være i strid med ligebehandlingsprincippet at fortolke direktiv 2000/54 således, at det er til hinder for at give en kvinde, der benytter sig af surrogatmoderskab, afslag på orlov med løn. En sådan fortolkning ville have den modsatte effekt at forskelsbehandle mænd, der bliver forældre og passer deres børn. En sondring mellem kønnene, som ikke henføres til de fysiske og mentale belastninger, der er forbundet med at være gravid og føde et barn, ville ydermere føre til en værdibedømmelse af de kvalitative forskelle mellem moderskabet i modsætning til forældreskabet generelt.

64. Jeg hælder i denne forbindelse til den opfattelse, at for en kvinde, der bliver mor via en surrogataftale, udgør en adoptivmor (eller en kvindelig eller mandlig forælder), der *ikke* selv har født et barn – som Z selv har erkendt – en egnet referenceperson. Ligesom en adoptivmor er hun blevet mor uden at have været udsat for de fysiske og mentale belastninger i forbindelse med en graviditet og fødsel – selv om jeg ikke på nogen måde ønsker at undervurdere de vanskeligheder, der kan være forbundet med et surrogatmoderskab (eller adoption).

65. Hvad angår adoption er der ikke fastsat nogen bestemmelser i EU-retten, der indebærer en forpligtelse for medlemsstaterne til at give orlov med løn til adoptivforældre. I artikel 16 i direktiv 2006/54 findes der udelukkende en bestemmelse om beskyttelse mod forskelsbehandling af mænd og kvinder, der tager adoptions- eller forældreorlov, i de medlemsstater, som anerkender en sådan ret. Det fremgår nemlig tydeligt af artikel 16 i direktiv 2006/54, sammenholdt med 27. betragtning hertil, at forskelsbehandling i direktivets forstand kun kan forekomme i forbindelse med udøvelse af en rettighed, som er anerkendt i national ret. Ud fra samme ræsonnement giver direktivet medlemsstaterne frihed til at fastsætte de foranstaltninger, de måtte finde relevante i forbindelse med disse former for orlov<sup>32</sup>. I hovedsagen var Z ikke udsat for en mindre gunstig behandling, fordi hun tog adoptionsorlov.

32 — Medlemsstaternes skønsmargin er i denne forbindelse begrænset i henhold til Rådets direktiv 2010/18/EU af 8.3.2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF (EUT L 68, s. 13). § 2, stk. 1, i rammeaftalen fastsætter, at »[i] medfør af denne aftale har arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov i forbindelse med et barns fødsel eller i forbindelse med adoption af et barn, for at den pågældende kan passe dette barn, indtil barnet har nået en nærmere fastsat alder, der kan være op til otte år, og som fastlægges af medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter«.

66. Efter min opfattelse kan det imidlertid ikke udelukkes, at der er tale om en dårligere behandling i forhold til behandlingen af adoptivmødre.

67. Når der er fastsat bestemmelser om adoptionsorlov i national ret – eller andre former for orlov, som ikke afhænger af den særlige betingelse om, at den pågældende person skal have været gravid – bør det være op til den forelæggende ret i henhold til national ret at afgøre, om anvendelsen af forskellige regler på adoptivforældre og forældre, som har fået et barn via en surrogataftale (og som anses for barnets forældre i retlig forstand), udgør forskelsbehandling<sup>33</sup>.

68. Sammenfattende mener jeg, at eftersom den forskelsbehandling, som Z har påberåbt sig, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af køn, kan direktiv 2006/54 ikke fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, der ikke giver ret til orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, til en kvinde, der ikke er den genetiske mor til et barn, der er født via en surrogataftale<sup>34</sup>.

### 3. Den primære rets indvirkning

69. Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2006/54 er foreneligt med artikel 3 TEU, artikel 8 TEUF og artikel 157 TEUF såvel som artikel 21, 23, 33 og 34 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

70. Det skal for det første konstateres, at i overensstemmelse med det generelle lighedsprincip kan de bestemmelser, den forelæggende ret har henvist til, danne grundlag for en efterprøvelse af afledt EU-ret<sup>35</sup>. Jeg skal imidlertid bemærke, at bestemmelserne i artikel 3 TEU (som fastlægger Den Europæiske Unions overordnede mål), og navnlig stk. 3 heri, tillige med artikel 8 TEUF og 157 TEUF i deres relevante dele vedrører ligebehandling af mænd og kvinder. Eftersom det ovenfor er konkluderet, at retten til orlov med løn, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, for ordregivende mødre ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/85 og direktiv 2006/54, er spørgsmålet om sidstnævnte direktivs overensstemmelse med traktatbestemmelserne efter min mening irrelevant.

71. Hvad for det andet angår de af chartrets bestemmelser (artikel 21, 23, 33 og 34), som den forelæggende ret har henvist til, skal det bemærkes, at i henhold til chartrets artikel 51, stk. 1, er dets bestemmelser kun rettet til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. For at chartret kan finde anvendelse skal der med andre ord være en tilstrækkelig tæt forbindelse til EU-retten. I så henseende falder en situation, som ellers er omfattet af national ret, ikke ind under EU-retten, alene fordi chartrets bestemmelser påberåbes<sup>36</sup>. Dette skyldes, at chartret udelukkende finder anvendelse, for så vidt som sagen ikke alene vedrører en bestemmelse i chartret, men også en anden EU-retlig bestemmelse, som har direkte betydning for sagen<sup>37</sup>. Som jeg har forsøgt at illustrere ovenfor, er der ikke tale om en sådan forbindelse i det foreliggende tilfælde.

33 — Domstolen har ligeledes for nyligt fastslået, at anvendelsen af det EU-retlige ligebehandlingsprincip ikke kan udvides til en forskelsbehandling af biologiske fædre og adoptivfædre i national ret, i situationer, som ikke henhører under EU-rettens anvendelsesområde. Jf. dom af 19.9.2013, sag C-5/12, *Betriu Montull*, præmis 71-73.

34 — Når dette er sagt, kan direktiv 2006/54 dog finde anvendelse under visse særlige omstændigheder. Dette er tilfældet, når en kvinde, som er blevet mor via en surrogataftale, og som bevilliges orlov med løn i henhold til national ret, er udsat for forskelsbehandling, fordi hun har udøvet denne ret til orlov, og når denne kvinde afskediges, fordi hun er blevet mor, eller har taget en sådan orlov. Denne form for behandling er imidlertid ikke genstand for hovedsagen.

35 — Ifølge et almindeligt fortolkningsprincip skal en EU-retsakt i videst muligt omfang fortolkes således, at dens gyldighed ikke drages i tvivl, og i overensstemmelse med hele den primære ret. Jf. bl.a. Domstolens dom af 16.9.2010, sag C-149/10, *Chatzi*, Sml. I, s. 8489, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Jf. hvad angår nyere sager, hvor Domstolen ved begrundet kendelse erklærede sig inkompetent, henset til at der ikke var en sådan forbindelse, bl.a. kendelse af 12.7.2012, sag C-466/11, *Currà m.fl.*, og af 7.3.2013, sag C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte m.fl.*, Jf. også Domstolens dom af 8.11.2012, sag C-40/11, *Lida*, præmis 78-81.

37 — For nyligt blev det fastslået, at der forelå en tilstrækkelig tæt forbindelse til EU-retten i bl.a. dom af 26.2.2013, sag C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Sml. I, s. 13905 (jf. navnlig præmis 27), og af 21.12.2011, forenede sager C-411/10 og C-493/10, *N.S.*, præmis 68. For det modsatte resultat, jf. *Betriu Montull*-dommen, præmis 72.

72. Det skal ligeledes tilføjes, at i overensstemmelse med det princip, der kommer til udtryk i chartrets artikel 51, stk. 2, udvider chartret ikke anvendelsesområdet for EU-retten til at gå ud over de beføjelser, som Den Europæiske Union er tillagt. Chartret »skaber [heller] ingen nye kompetencer eller nye opgaver for [Den Europæiske] Union [...] og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne«.

73. Selv om chartret (og al primær ret) utvivlsomt skal iagttages ved fortolkningen af afledt EU-ret<sup>38</sup>, har jeg svært ved at se, hvordan de bestemmelser i chartret, som den forelæggende ret har henvist til, kan fortolkes således, at de udvider direktiv 2006/54's materielle anvendelsesområde. Som jeg har redegjort for ovenfor, vedrører påstanden om forskelsbehandling den omstændighed, at Z ikke blev behandlet på samme måde som en kvinde, der har født, eller som en adoptivmor, hvilken situation ikke er omfattet af dette direktiv. Kort sagt kan en specifik retsakt, der er udtryk for et grundlæggende lovgivningsmæssigt valg, der er truffet med henblik på at fremme reel lighed mellem kønnene – i overensstemmelse med chartrets artikel 21 og 23 – ikke fortolkes således, at den omfatter andre (eventuelle) former for forskelsbehandling, alene fordi man påberåber sig andre grundlæggende rettigheder<sup>39</sup>. Et sådant valg påvirker heller ikke direktiv 2006/54's gyldighed.

74. Det er korrekt, at i tilfælde, hvor en særlig situation (eller kategori af personer) er omfattet af anvendelsesområdet for en EU-retsakt, kan Domstolen forsøge at afhjælpe uoverensstemmelserne mellem afledt og primær ret gennem en »meget teleologisk« fortolkning<sup>40</sup>. Dette var tilfældet i Sturgeon-dommen<sup>41</sup>, hvor de relevante bestemmelser i forordning (EF) nr. 261/2004<sup>42</sup> i lyset af det generelle ligebehandlingsprincip blev fortolket således, at beskyttelsen i henhold til denne forordning blev udvidet til at omfatte passagerer på forsinkede flyafgange<sup>43</sup>. En sådan fortolkning forudsætter imidlertid først og fremmest, at den påståede forskelsbehandling er omfattet af anvendelsesområdet for den omhandlede retsakt<sup>44</sup>. Det er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag.

75. Som jeg har redegjort for ovenfor, kan jeg af de gældende lovbestemmelser ikke udlede en forpligtelse til at bevillige orlov med løn til en kvinde som Z, der har benyttet sig af en surrogataftale for at få et barn. I EU-retten findes der udtrykkelige bestemmelser om barselorlov med løn til kvinder, der har født et barn. Hvad angår andre former for orlov (navnlig adoptions- eller forældreorlov) har medlemsstaterne en betydelig skønsmargin til at træffe de foranstaltninger, de måtte finde hensigtsmæssige.

76. På grundlag af ovenstående betragtninger finder jeg, at spørgsmål 1 og 2 skal besvares således, at direktiv 2006/54 ikke finder anvendelse på omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, hvor en kvinde, hvis genetiske barn er blevet født via en surrogataftale, nægtes orlov med løn fra sit arbejde, svarende til barsels og/eller adoptionsorlov. Denne konklusion skaber ikke tvivl om direktivets gyldighed.

38 — Dom af 5.10.2010, sag C-400/10 PPU, McB, Sml. I, s. 8965, præmis 51 og 52, og af 5.11.2011, sag C-256/11, Dereci, Sml. I, s. 11315, præmis 71. For klarhedens skyld, såfremt en EU-retlig bestemmelse ikke kan fortolkes i overensstemmelse med grundlæggende EU-rettigheder, skal bestemmelsen erklæres ugyldig. Jf. dom af 1.3.2011, sag C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl., Sml. I, s. 773, præmis 30-34.

39 — Jf. i samme retning generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse af 25.6.2013, sag C-131/12, Google Spain and Google, som fortsat verserer for Domstolen, præmis 54.

40 — Jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 2.7.2009, forenede sager C-402/07 og C-432/07, Sturgeon m.fl., Sml. 2009 I, s. 10923, præmis 91.

41 — Ibidem.

42 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 261/2004 af 11.2.2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser og om ophævelse af forordning (EØF) nr. 295/91 (EUT L 46, s. 1).

43 — Forslaget til afgørelse i sagen Sturgeon m.fl., jf. navnlig punkt 60.

44 — Jf. mutatis mutandis dom af 15.6.1978, sag C-149/77, Defrenne, Sml. I, s. 1365, præmis 24.

## C – Forskelsbehandling på grund af handicap

### 1. Beskyttelsen i henhold til direktiv 2000/78

77. Spørgsmål 3, 4, 5 og 6 vedrører spørgsmålet om handicap. Den forelæggende ret er nærmere bestemt i tvivl om, hvorvidt et afslag på orlov med løn fra arbejdspladsen, svarende til barsels- eller adoptionsorlov, udgør forskelsbehandling på grund af handicap som omhandlet i direktiv 2000/78 (navnlig spørgsmål 3). Dette skyldes den omstændighed, at den omhandlede mor lider af en sygdom, der bevirker, at hun ikke kan gennemføre en graviditet.

78. I denne forbindelse ønsker Equality Tribunal også oplyst, hvilken betydning FN-konventionen skal tillægges ved fortolkningen af direktiv 2000/78, og om konventionen kan påvirke gyldigheden af dette direktiv (spørgsmål 5 og 6). Spørgsmål 4 rejser også spørgsmålet om gyldighed for så vidt angår visse bestemmelser i den primære EU-ret.

79. Indledningsvis bemærkes, at Domstolen allerede delvist har besvaret spørgsmål 5 i sin tidligere dom i Ring-sagen<sup>45</sup>. I denne sag fastslog Domstolen, at direktiv 2000/78 i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med FN-konventionen<sup>46</sup>. I henhold til artikel 216, stk. 2, TEUF er de aftaler, som Unionen indgår, bindende for EU-institutionerne. De har således forrang for EU-retsakter<sup>47</sup>.

80. I den udstrækning direktiv 2000/78 udgør en EU-retsakt, som henviser til områder, der reguleres af denne foranstaltning<sup>48</sup> – et punkt, som alle de parter, der har afgivet indlæg, er enige om – er det åbenlyst, at FN-konventionen udgør et bindende fortolkningsbidrag ved fortolkningen af direktiv 2000/78.

81. Hvad angår den anden problemstilling, der rejses i spørgsmål 5 og 6, nemlig hvorvidt gyldigheden af direktiv 2000/78 kan anfægtes ved påberåbelse af FN-konventionen, følger det af fast retspraksis, at Domstolen udelukkende kan undersøge gyldigheden af afledt EU-lovgivning i lyset af en international overenskomst, når »dennes art og opbygning« ikke er til hinder herfor, og når bestemmelserne i den internationale overenskomst i øvrigt, henset til deres indhold, fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise<sup>49</sup>. Som jeg senere skal redegøre for, mener jeg ikke, at FN-konventionen og nærmere bestemt de bestemmelser, som den forelæggende ret har henvist til, kan danne grundlag for en anfægtelse af direktiv 2000/78's gyldighed.

82. Med henblik på at afgøre, om direktiv 2000/78 kan anvendes på Z, skal jeg kort beskrive udviklingen af handicapbegrebet inden for rammerne af direktiv 2000/78. Jeg skal dernæst berøre direktivets anvendelsesområde.

a) Er Z omfattet af handicapbegrebet som omhandlet i direktiv 2000/78?

83. Der hersker en almindelig opfattelse af, at der findes (mindst) to modstridende definitioner af handicapbegrebet: det medicinske (individuelle) og det sociale handicapbegreb<sup>50</sup>.

45 — Dom af 11.4.2013, forenede sager C-335/11 og C-337/11, Ring.

46 — Ibidem, præmis 32.

47 — Dom af 21.12.2011, sag C-366/10, Air Transport Association of America m.fl., Sml. I, s. 13755, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes dom af 22.11.2012, forenede sager C-320/11, C-330/11, C-382/11 og C-383/11, Digitalnet, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

48 — Jf. ligeledes bilaget til Rådets afgørelse 2010/48.

49 — Dom af 25.2.2003, sag C-59/1, Association Kokopelli, Sml. I, s. 1759, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis.

50 — Jf. f.eks. Oliver, M., »*Understanding Disability: From Theory to Practice*«, Palgrave Macmillan, Basingstoke: 2009 (2. udgave), navnlig s. 44-46.

84. Det medicinske begreb lægger særlig vægt på individet og den funktionsnedsættelse, som gør det svært for den pågældende at tilpasse eller integrere sig i det sociale miljø. I modsætning til den medicinske model lægges der ved den sociale opfattelse, som er baseret på en kontekstafhængig fremgangsmåde, vægt på samspillet mellem funktionsnedsættelsen og samfundets reaktion, navnlig hvorledes samfundet er indrettet med henblik på at tilpasse sig personer med funktionsnedsættelse. Ifølge denne model er det at være handicappet et mere omfattende begreb. Det er navnlig vigtigt at bemærke, at handicap afhænger af konteksten og den situation, den pågældende befinder sig i. F.eks. kan en længerevarende sygdom, såsom diabetes eller endda allergi, afhængigt af omgivelserne, udgøre et handicap.

85. FN-konventionen afspejler den sociale handicapmodel. Den anerkender, at handicap »er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsmæssige og omgivelsesbestemte barrierer, som forhindrer deres fulde og effektive deltagelse i samfundslivet med samme værdighed og på lige fod med andre«<sup>51</sup>. Ifølge denne fortolkning opstår handicap fra samfundets manglende evne til at tilpasse sig behovene hos personer med funktionsnedsættelse<sup>52</sup>. For så vidt som den sociale handicapmodel går længere, end hvad der efter mere traditionelt sprogbrug forstås ved handicap (herunder bl.a. mentalt handicap), giver FN-konventionen utvivlsomt en bredere og mere udvidet beskyttelse mod forskelsbehandling end en indskrænket definition, der tager udgangspunkt i den enkelte. Den anerkender nemlig handicap som værende »lige så meget et socialt begreb som et lægeligt forhold«<sup>53</sup>.

86. På baggrund heraf skal jeg påpege, at handicapbegrebet har udviklet sig betydeligt i Domstolens praksis vedrørende direktiv 2000/78.

87. Ifølge Domstolens dom i Chacón Navas-sagen<sup>54</sup> skal handicapbegrebet tillægges en selvstændig og ensartet fortolkning, ikke alene med henblik på at sikre en ensartet anvendelse, men også med henblik på at sikre, at ligebehandlingsprincippet overholdes fuldt ud<sup>55</sup>. I denne sag indskrænkede Domstolen handicapbegrebet bemærkelsesværdigt. Den definerede det som en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet<sup>56</sup>.

88. Med dommen i Ring-sagen foretages der imidlertid et paradigmeskift i Domstolens praksis. I denne sag blev det EU-retlige handicapbegreb udtrykkeligt bragt i overensstemmelse med handicapbegrebet i FN-konventionen.

89. Med henvisning til FN-konventionen anerkendte Domstolen, at handicap skal forstås som et »begreb, der er under udvikling. Inden for direktiv 2000/78's særlige ramme henvises der med dette begreb til »en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere«<sup>57</sup>. Mens årsagen til handicappet (medfødt, som følge af en ulykke eller sygdom) er uden betydning, skal funktionsnedsættelsen være »langvarig«<sup>58</sup>.

90. Der er ikke desto mindre en væsentlig forskel mellem definitionen i FN-konventionen og den, der følger af Ring-dommen. Mens FN-Konventionen henviser bredt til deltagelse i samfundslivet, omfatter Domstolens definition kun deltagelse i *arbejdslivet*.

51 — Betragtning (e) til FN-konventionen og dens artikel 1.

52 — Jf. f.eks. Waddington, L., »The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences«, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4(18) 2011, s. 431-453 og 436.

53 — R.D. Kelemen, »Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union«, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2011, s. 202.

54 — Dom af 11.7.2006, sag C-13/05, Sml. I, s. 6467.

55 — Ibidem, præmis 40 og 41.

56 — Ibidem, præmis 43.

57 — Ring-dommen, præmis 38.

58 — Ibidem, præmis 39.

91. Efter min mening skyldes denne forskel anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, der er fastlagt på baggrund af de politiske valg, som lovgiver har foretaget på netop dette område. I sidste ende er denne forskel derfor uløseligt forbundet med spørgsmålet om, hvad der henhører under EU's kompetence, og hvad der ikke gør. Det væsentlige spørgsmål er således, om den sygdom, Z lider af, er til hinder for, at hun kan deltage i arbejdslivet?

92. Hvad dette angår vil jeg gerne understrege, at formålet med direktiv 2000/78, som anført i artikel 1, er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv af enhver af de i bestemmelsen anførte grunde. Disse grunde omfatter handicap. Som nævnt ovenfor, er begrebet efterfølgende defineret i Domstolens retspraksis<sup>59</sup>.

93. Jeg er ikke i tvivl om, at en sygdom som den, Z lider af, også kan resultere i en langvarig begrænsning som »følge af fysiske, mentale eller psykiske skader«. Henset til Z's ønske om at få sit eget barn giver denne sygdom uden tvivl anledning til stor fortvivelse. Det kan ikke udelukkes, at denne funktionsnedsættelse under særlige omstændigheder kan forhindre en persons fulde og effektive deltagelse i samfundslivet set i lyset af den bredere samfundsmæssige opfattelse af handicap i FN-konventionen.

94. Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at direktiv 2000/78 finder anvendelse på de særlige omstændigheder i den foreliggende sag.

95. Jeg mener ikke, at den sygdom, Z lider af, ifølge Domstolens retspraksis »i samspil med forskellige barrierer [hindrer] den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i *arbejdslivet* på lige fod med andre arbejdstagere« (min fremhævelse). Domstolen har nemlig bemærket, at begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 skal forstås i forhold til de muligheder, denne person har for at arbejde og udøve en erhvervsmæssig aktivitet<sup>60</sup>. Denne indfaldsvinkel forekommer at være i overensstemmelse med de mål, der forfølges med direktivet, nemlig at bekæmpe forskelsbehandling i beskæftigelsesmæssig sammenhæng, og følgelig at give en handicappet adgang til og mulighed for at udøve en beskæftigelse.

96. Som følge af den iboende sammenhængsbestemte karakter af et handicap bør spørgsmålet om, hvad der udgør et handicap i direktiv 2000/78's forstand, med andre ord undersøges fra sag til sag i lyset af formålet med denne retsakt. Spørgsmålet er følgelig, om den omhandlede funktionsnedsættelse – i samspillet med specifikke barrierer, det være sig holdningsmæssige eller omgivelsesbestemte – udgør en hindring for muligheden for at udøve en erhvervsmæssig aktivitet.

97. Uanset, hvor uretfærdig det må være ikke at kunne få et barn på traditionel vis for den person, der ønsker at få sit eget barn, kan jeg ikke fortolke den gældende EU-lovgivning således, at den omfatter situationer, der ikke har nogen forbindelse til en persons arbejdsevne<sup>61</sup>. Det er i denne forbindelse nødvendigt at lægge vægt på den iboende funktionelle karakter af begrebet handicap i direktiv 2000/78. For at en begrænsning er omfattet af direktivet skal der efter min mening være et samspil mellem denne begrænsning og den berørte persons arbejdsevne. Denne forbindelse forekommer ikke at være opfyldt under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen<sup>62</sup>. Det fremgår ikke af sagens akter, at Z's funktionsnedsættelse ville have forhindret hende i at deltage i arbejdslivet.

98. Jeg mener derfor ikke, at den mindre gunstige behandling, som Z har påberåbt sig, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 5 i direktiv 2000/78.

59 — Chacón Navas-dommen, præmis 41, and Ring-dommen, præmis 38 og 39.

60 — Ring-dommen, præmis 44.

61 — Det kan imidlertid ikke udelukkes, at denne konklusion ville være anderledes, såfremt Z f.eks. var blevet afskediget på grund af den sygdom, hun lider af, eller hvis hun alene som følge af sin funktionsnedsættelse ikke var blevet ansat.

62 — Jf. hvad angår denne forbindelse i relation til en køretilladelse generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 18.7.2013, sag C-356/12, Glatzel, der verserer for Domstolen.



99. Såfremt Domstolen skulle komme frem til, at direktiv 2000/78 finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede situation, vil jeg imidlertid gerne fremsætte følgende bemærkninger vedrørende kravet om »tilpasninger i rimeligt omfang« i direktivets artikel 5.

b) Tilpasninger i rimeligt omfang: en afvejning af den handicappedes og arbejdsgiverens interesser

100. Selv om det – for argumentationens skyld – antages, at den af Z påberåbte forskelsbehandling er omfattet af direktivets *materielle anvendelsesområde*, kan jeg ikke se, hvordan artikel 5 i direktiv 2000/78 skal kunne fortolkes således, at den stiller krav om, at en arbejdsgiver bevilger orlov *med løn* til en arbejdstager i hendes situation. I henhold til bestemmelsen skal en arbejdsgiver nemlig under visse omstændigheder træffe passende foranstaltninger for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den.

101. Der er ganske vist intet i ordlyden af artikel 5 i direktiv 2000/78 eller 20. betragtning hertil, der på forhånd udelukker, at artikel 5 fortolkes således, at den kræver, at der bevilges orlov med løn med henblik på at sikre sådanne tilpasninger.

102. Mens artikel 5 blot kræver, at arbejdstagerne foretager »tilpasninger i rimeligt omfang«, opstiller 20. betragtning en ikke-udtømmende liste over praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet. Disse foranstaltninger omfatter både organisatoriske foranstaltninger og foranstaltninger med henblik på at indrette lokaler til den handicappedes behov. Det er ligeledes tydeligt, at det fra sag til sag skal undersøges, hvor stort behovet er og hvilke foranstaltninger, der er hensigtsmæssige<sup>63</sup>. I lyset af formålet med artikel 5 i direktiv 2000/78 – at give en handicappet mulighed for at få et arbejde og fortsætte med beskæftigelsen – skal bestemmelsen fortolkes bredt<sup>64</sup>.

103. I overensstemmelse hermed kan en passende tilpasning som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2000/78 – og fortolket i lyset af FN-konventionens artikel 2 – indebære omkostninger for arbejdsgiveren (det være sig som følge af tilpasningen af lokalerne eller af organisatoriske foranstaltninger). Jeg ønsker imidlertid at understrege, at artikel 5 også angiver, at arbejdsgiveren med sådanne tilpasninger ikke må pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. På baggrund af 21. betragtning til direktiv 2000/78 bør der navnlig tages hensyn til »de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til virksomhedens størrelse og finansielle midler«.

104. På baggrund heraf kan jeg godt acceptere, at det under visse omstændigheder anses for passende at bevillige orlov (uden løn) med henblik på at sikre, at den berørte handicappede arbejdstager fortsat kan arbejde og deltage i arbejdslivet i overensstemmelse med formålene med direktiv 2000/78. Det er imidlertid svært for mig at udlede en forpligtelse for arbejdsgiveren til at bevillige orlov *med løn* i henhold til artikel 5 i direktiv 2000/78.

105. Logikken bag kravet om tilpasninger i rimeligt omfang er nemlig at sikre en rimelig afvejning af de handicappede personers og arbejdsgivernes behov<sup>65</sup>.

63 – Jf. ligeledes FN-konventionens artikel 2, hvorefter »tilpasninger i rimeligt omfang« henviser til »nødvendige og passende ændringer og justeringer, som ikke indebærer en uforholdsmæssig stor eller unødvendig byrde, når dette i et konkret tilfælde er nødvendigt for at sikre, at handicappede kan nyde eller udøve alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre«.

64 – Jf. den nyere dom af 4.7.2013, sag C-312/11, Kommissionen mod Italien, præmis 58. Jf. ligeledes Ring-dommen, præmis 56, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Ring-sagen, præmis 54-57.

65 – Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Ring-sagen, punkt 59 in fine: Direktiv 2000/78 »[stiller] krav om en rimelig afvejning mellem den handicappede arbejdstagers interesse i støtteforanstaltninger og arbejdsgiverens interesse i ikke uden videre at skulle tåle indgreb i hans virksomhedsorganisation og økonomiske byrder«.

106. I Ring-dommen fastslog Domstolen, at en nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en tilpasning i rimeligt omfang i henhold til artikel 5 i direktiv 2000/78. Det er således anerkendt, at forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger kan påvirke arbejdsgiverens mulighed for frit at udøve sin virksomhed og indebære en økonomisk byrde.

107. Selv om en arbejdstidsnedsættelse uden tvivl kan indebære en økonomisk byrde for arbejdsgiveren, sikrer den imidlertid en rimelig afvejning mellem arbejdsgiverens og den ansattes interesser. Som en *modydelse* for tilpasningen deltager arbejdstageren fortsat i virksomhedens indtjening. Selv om spørgsmålet ikke udtrykkeligt blev rejst i Ring-dommen, er det min opfattelse, at en arbejdstidsnedsættelse som en form for tilpasning nødvendigvis forudsætter, at den berørte persons løn nedsættes tilsvarende for, at der kan sikres en rimelig afvejning af de omhandlede personers interesser.

108. I modsætning til en arbejdstidsnedsættelse er orlov med løn udelukkende af interesse for den arbejdstagende. I modsætning til den ovenfor nævnte situation betyder orlov med løn ikke alene en væsentlig økonomisk byrde for arbejdsgiveren, den sikrer *heller ikke*, at den handicappede arbejdstager fortsat deltager i arbejdslivet som kompensation for tilpasningen. Såfremt orlov med løn skulle ligestilles med en arbejdstidsnedsættelse, ville det nemlig skulle lægges til grund, at den (handicappede) arbejdstager utvivlsomt vender tilbage til arbejdet efter orloven. Det ville heller ikke kunne udelukkes, at det ville være nødvendigt med yderligere orlov, hvis arbejdstageren beslutter at få flere børn via lignende aftaler. Henset til de forskellige betæneligheder, der er forbundet med orlov med løn ud fra et arbejdsgiverhensyn, kan sådanne foranstaltninger efter min opfattelse ikke med rimelighed sammenlignes<sup>66</sup>.

109. Der er desuden ingen direkte forbindelse mellem den begrænsning, som Z lider af, og hendes behov for orlov. Tilpasninger i rimeligt omfang kræver nemlig, at arbejdsgiveren træffer foranstaltninger, der *letter* adgangen til og deltagelsen i et arbejdsliv<sup>67</sup>. Dette bekræftes af artikel 5 i direktiv 2000/78, sammenholdt med 20. betragtning hertil.

110. Det er korrekt, at den foretagne tilpasning bør tilpasses fra sag til sag. Eftersom der ikke er en åbenlys forbindelse mellem de omhandlede foranstaltninger og den omstændighed, at det sikres, at den handicappede person har mulighed for og kan deltage i arbejdslivet, kan artikel 5 dog efter min opfattelse ikke fortolkes således, at den indeholder en forpligtelse for arbejdsgiveren til at træffe sådanne foranstaltninger. Dette er holdningen i hovedsagen. Det fremgår af sagens akter, at behovet for at tage fri fra arbejdet ikke er *nødvendig* for Z's fortsatte deltagelse i arbejdslivet, men derimod en følge af hendes beslutning om at benytte sig af en surrogatmor.

## 2. Den primære og internationale rets indvirkning

111. Spørgsmål 4, 5 og 6 vedrører gyldigheden af direktiv 2000/78. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt at få oplyst, om direktivet er foreneligt dels med artikel 10 TEUF og chartrets artikel 21, 26 og 34, dels med FN-konventionen.

66 — Efter min opfattelse er orlov uden løn et mere passende sammenligningsgrundlag. Her er tale om en forskel i grad og ikke en forskel i art. I sammenligning med en arbejdstidsnedsættelse modtager arbejdstageren ikke løn for den periode, han ikke udfører sit arbejde. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Z fik mulighed for at tage fri fra arbejdet både før og efter hendes barns fødsel.

67 — De omhandlede tilpasninger er givetvis meget forskellige. Ud over de ovenfor nævnte foranstaltninger (tilpasningen af lokalerne og de organisatoriske foranstaltninger) kan en tilpasning ligeledes indebære, at arbejdsmetoder ændres, og at opgaverne fordeles på en særlig måde. I tilfælde af en depression skal arbejdsgiveren f.eks. eventuelt sikre, at den person, der har en depression, ikke udsættes for stressede situationer.

112. Artikel 10 TEUF indeholder en almindelig bestemmelse, der formulerer et særligt politisk mål, som Den Europæiske Union føler sig forpligtet til at opfylde. Den fastlægger formålet om bekæmpelse af forskelsbehandling på grundlag af bl.a. handicap: et mål, der forfølges yderligere med direktiv 2000/78 på området for beskæftigelse og erhverv. Efter min opfattelse fastsætter denne bestemmelse i den primære ret ikke nogen præcise rettigheder eller forpligtelser, der kan rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2000/78.

113. I den udstrækning direktiv 2000/78 efter min opfattelse ikke finder anvendelse på omstændighederne i hovedsagen, skal jeg – analogt – henvise til mine bemærkninger om chartret ovenfor i punkt 71-75.

114. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2000/78 er foreneligt med FN-konventionen, skal jeg bemærke, at de forpligtelser, som følger af sidstnævnte internationale overenskomst, er rettet til deltagerstaterne. De skal træffe passende foranstaltninger – om nødvendigt ved lovgivning – med henblik på at gennemføre de rettigheder, handicappede er tillagt i henhold til FN-konventionen<sup>68</sup>. Eftersom konventionen er affattet som en programerklæring, ses den ikke at indeholde nogen bestemmelse, som kan opfylde den ovennævnte betingelse om, at bestemmelsen skal fremstå som ubetinget og tilstrækkelig præcis. Jeg mener derfor ikke, at FN-konventionen kan påberåbes med henblik på at anfægte gyldigheden af direktiv 2000/78<sup>69</sup>.

115. Jeg skal alligevel kort gennemgå de bestemmelser, som er angivet af den forelæggende ret.

116. For det første tager FN-konventionens artikel 5, 6 og 28 ikke sigte på beskæftigelse og erhverv<sup>70</sup>. De fastlægger de generelle forpligtelser for deltagerstaterne til at tage passende skridt med henblik på gennemførelsen af de rettigheder, der anerkendes i FN-konventionen. Jeg kan derfor ikke se, hvordan disse bestemmelser skal kunne danne grundlag for en anfægtelse af gyldigheden af direktiv 2000/78.

117. For det andet bestemmer FN-konventionens artikel 27 stk. 1, litra b), at »[d]eltagerstaterne skal sikre og fremme opfyldelsen af retten til arbejde, herunder for personer, der får et handicap i forbindelse med deres beskæftigelse, ved at træffe egnede foranstaltninger, herunder gennem lovgivning, til bl.a. at [...] beskytte handicappedes ret til retfærdige og gunstige arbejdsvilkår på lige fod med andre, herunder lige muligheder og lige løn for arbejde af samme værdi [...]«.

118. Bestemmelsen overlader det således til deltagerstaterne at afgøre, hvilke foranstaltninger der skal træffes. Den Europæiske Unions mulighed for at træffe lovgivningsmæssige foranstaltninger med henblik på gennemførelsen af de rettigheder, der anerkendes i FN-konventionen, begrænses derfor ikke af FN-konventionens artikel 27, stk. 1, litra b).

68 — Jf. navnlig FN-konventionens artikel 4, der med overskriften »Generelle forpligtelser« bestemmer, at »[d]eltagerstaterne forpligter sig til at sikre og fremme den fuldstændige virkeliggørelse af alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder for alle handicappede uden nogen form for diskrimination på grund af handicap«. Bestemmelsen opstiller også en række foranstaltninger, der kan træffes med henblik på gennemførelse af de rettigheder, der anerkendes i FN-konventionen.

69 — Som følge heraf er det ikke nødvendigt at undersøgte, om konventionens »art og opbygning« gør det muligt for Domstolen at efterprøve gyldigheden af direktiv 2000/78.

70 — Artikel 5 bestemmer bl.a., at deltagerstaterne »skal forbyde enhver diskrimination på grund af handicap og skal sikre personer med handicap lige og effektiv retlig beskyttelse imod diskrimination af enhver grund«, og at de skal »tage alle passende skridt til at sikre, at der tilvejebringes rimelig tilpasning«. Artikel 6 anerkender navnlig, at kvinder og piger med handicap udsættes for multidiskrimination, og pålægger deltagerstaterne »at træffe foranstaltninger til at sikre, at de fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre«. Artikel 28, stk. 2, litra b), anerkender, at personer med handicap har ret til social tryghed og forpligter deltagerstaterne til navnlig at sikre »personer med handicap, i særdeleshed kvinder og piger med handicap og ældre med handicap, adgang til ordninger for social tryghed og fattigdomsbekæmpelse«.

119. På grundlag af de ovenstående betragtninger finder jeg, at spørgsmål 3, 4, 5 og 6 bør besvares således, at direktiv 2000/78 ikke finder anvendelse under omstændigheder som i hovedsagen, hvor en kvinde, der lider af en sygdom, der bevirker, at hun ikke kan gennemføre en graviditet, og hvis genetiske barn blev født via en surrogataftale, nægtes orlov med løn fra sit arbejde, svarende til barsels og/eller adoptionsorlov. Denne konklusion drager ikke direktivets gyldighed i tvivl.

#### D – Afsluttende bemærkninger

120. Til trods for den ovenfor nævnte konklusion har jeg stor forståelse for de vanskeligheder, ordregivende forældre utvivlsomt står over for som følge af den retlige usikkerhed, der er knyttet til surrogataftaler i en række medlemsstater. Jeg mener imidlertid ikke, at det er Domstolens opgave at træde i lovgivers sted og foretage en konstruktiv fortolkning, der tillægger direktiv 2006/54 og 2000/78 (eller endog direktiv 92/85) en rækkevidde, som de ganske enkelt ikke har. Dette ville efter min mening indebære en indskrænkning af det lovgivningsmæssige prerogativ.

121. Såfremt der under domstolsprøvelsen indfortolkes en ret til orlov med løn fra arbejdspladsen, tages der hermed stilling til et etisk spørgsmål, der bør afgøres lovgivningsmæssigt. Såfremt det samfundsmæssigt set anses for ønskeligt at udvide anvendelsesområdet for beskyttelsen af retten til barsels- eller adoptionsorlov (eller endog at indføre en særlig form for orlov for surrogataftaler), er det op til medlemsstaterne og/eller EU-lovgiver at vedtage de fornødne lovgivningsmæssige foranstaltninger for at nå disse mål.

#### IV – Forslag til afgørelse

122. Følgelig foreslår jeg Domstolen at besvare de af Equality Tribunal forelagte spørgsmål således:

»– Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) finder ikke anvendelse i en situation, hvor en kvinde, hvis genetiske barn er født via en surrogataftale, nægtes orlov med løn fra arbejdspladsen, svarende til barsels- og/eller adoptionsorlov.

Gennemgangen af de forelagte spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2006/54.

- Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv finder ikke anvendelse i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, hvor en kvinde, der lider af en sygdom, der bevirker, at hun ikke kan gennemføre en graviditet, og hvis genetiske barn er født via en surrogataftale, nægtes orlov med løn fra arbejdspladsen, svarende til barsels- og/eller adoptionsorlov.
- Gennemgangen af de forelagte spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2000/78.«