



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremSAT den 26. september 2013¹

Sag C-167/12

**C.D.
mod
S.T.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Employment Tribunal Newcastle upon Tyne (Det Forenede Kongerige))

»Socialpolitik — direktiv 92/85/EØF — anvendelsesområde — surrogatmoderskab — barselsorlov — direktiv 2006/54/EF — ligebehandling af mænd og kvinder — forbud mod forskelsbehandling på grund af graviditet«

I – Indledning

1. Har en kvinde også krav på barselsorlov, når det ikke er hende selv, men derimod en såkaldt surrogat- eller rugemor², der har bragt barnet til verden? Dette er det centrale spørgsmål i anmodningen om præjudiciel afgørelse fra Employment Tribunal Newcastle upon Tyne (Det Forenede Kongerige).

2. Reproduktionsmedicinsk set begynder surrogat- eller rugemoderskabet med, at surrogatmoderen bliver kunstigt befrugtet eller får implanteret et embryo. Surrogatmoderen gennemfører graviditeten og bringer barnet til verden. Barnet kan genetisk set stamme enten fra de såkaldte sociale forældre, der overtager forældremyndigheden over det efter fødslen, fra faderen og surrogatmoderen eller fra faderen og en helt tredje kvinde.

3. I Den Europæiske Unions medlemsstater findes der meget forskellige nationale bestemmelser om surrogatmoderskab³. I mange medlemsstater er der forbud mod surrogatmoderskab. I Det Forenede Kongerige er surrogatmoderskab derimod tilladt under bestemte betingelser. Der findes dog ikke nogen særlig regulering af spørgsmålet om barselsorlov til den sociale mor⁴.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — I hovedsagen anvendes udtrykket »surrogate mother«. I tysk sprogbrug er det blevet almindeligt at anvende udtrykket »Leihmutter« (»rugemor«). Gesetz zum Schutz von Embryonen (den tyske lov om beskyttelse af embryoer, herefter »ESchG«) anvender dog, i modsætning til almindelig sprogbrug, udtrykket »Ersatzmutter« (»surrogatmor«) og forstår herved en kvinde, der efter at være blevet kunstigt befrugtet eller at have fået implanteret et embryo er »villig til efter fødslen varigt at overlade sit barn til andre« (jf. ESchG's § 1, stk. 1, nr. 7).

3 — Der gives et overblik over dette emne i en database vedrørende retsreglerne om reproduktionsmedicin i de europæiske lande, der føres af Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, og som kan konsulteres på <http://www.mpicc.de/meddb>.

4 — I anmodningen om præjudiciel afgørelse tales der om »intended mother«.

4. I det foreliggende tilfælde er spørgsmålet, om den sociale mor kan udlede en sådan ret af EU-retten, navnlig Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer⁵.

5. Domstolen har allerede én gang skullet træffe afgørelse i en sag vedrørende kunstig befrugtning⁶, der drejede sig om fortolkningen af direktiv 92/85. Domstolen har nu lejlighed til at videreudvikle sin praksis om dette direktiv.

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

1. Direktiv 92/85

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

7. Artikel 2 i direktiv 92/85 lyder således:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) gravid arbejdstager: enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis
- b) arbejdstager, som lige har født: 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
- c) ammende arbejdstager: enhver arbejdstager, som ammer som defineret i national lovgivning og/eller praksis, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med denne lovgivning og/eller praksis.«

8. Artikel 8 i direktiv 92/85 regulerer spørgsmålet om barselsorlov og bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

2. Den i stk. 1 nævnte barselsorlov skal omfatte en obligatorisk barselsorlov på mindst to uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.«

9. Artikel 11 i direktiv 92/85 bestemmer følgende:

»[...]

5 — EFT L 348, s. 1.

6 — Jf. dom af 26.2.2008, sag C-506/06, Mayr, Sml. I, s. 1017.

2. I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8:

[...]

- b) skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere. [...]«

2. Direktiv 2006/54

10. Artikel 2 i 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 erhverv⁷ bestemmer følgende:

»1. I dette direktiv forstås ved

- a) »direkte forskelsbehandling«: at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation
- b) »indirekte forskelsbehandling«: at 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

[...]

2. I dette direktiv omfatter forskelsbehandling:

[...]

- c) enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselsorlov som defineret i direktiv 92/85/[...]«

11. I artikel 14, stk. 1, bestemmes følgende:

»Der må i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, ikke finde direkte eller indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn, for så vidt angår:

[...]

- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse, samt løn, som omhandlet i traktatens artikel 141 [nu artikel 157 TEUF]

[...]«

12. Artikel 15 i direktiv 2006/54 regulerer »tilbagevenden fra barselsorlov« og bestemmer følgende:

»En kvinde på barselsorlov har efter udløbet af barselsorloven ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville have været berettiget til under sit fravær.«

⁷ — EUT L 204, s. 23.

B – *National ret*

13. Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (lov om human befrugtning og embryologi af 2008, herefter »HFEA«) bestemmer, hvilke personer der anses for at være forældre, når en surrogatmor har bragt barnet til verden. Principielt anses i første omgang surrogatmoderen, der har bragt barnet til verden, retligt set for at være mor til barnet, og det gælder uanset, om hun genetisk set er barnets mor eller ej. I henhold til HFEA's section 54 kan en ret, på anmodning af de sociale forældre, dog afsige kendelse (såkaldt »parental order«) om, at barnet i retlig henseende skal behandles som ansøgenes barn. Hertil kræves bl.a., at der skal være anvendt kønsceller fra mindst en af ansøgerne til at undfange fostret, at ansøgerne er gift med hinanden eller indgår i et lignende forhold, at de indgiver ansøgningen senest seks måneder efter barnets fødsel, samt at surrogatmoderen samtykker i ansøgningen.

14. I henhold til Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999 (forskrifter om barsels- og forældreorlov af 1999) er barselsorlov (maternity leave) forbeholdt kvinder i forbindelse med deres graviditet. I henhold til Paternity and Adoption Leave Regulations 2002 (forskrifter om fædre- og adoptionsorlov af 1999) kan der ved adoption under bestemte forudsætninger bl.a. bestå et krav på adoptionsorlov (adoption leave). Personer, der gennem »parental order« har fået overdraget forældreansvaret for et barn, som en surrogatmor har født, kan under visse forudsætninger opnå orlov uden løn.

15. I henhold til Act 2010 (lov om ligebehandling af 2010) forskelsbehandles en kvinde, såfremt hun behandles mindre gunstigt på grund af graviditet eller barselsorlov.

III – Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

16. Sagsøgeren i hovedsagen (herefter »sagsøgeren«) har beskæftigelse på et af sagsøgte sygehuse. Sagsøgte er en National Health Service Foundation og dermed et statsligt organ.

17. Sagsøgeren ville opfylde sit ønske om at få et barn ved hjælp af en surrogatmor. Til undfangelse af barnet blev der anvendt sæd fra sagsøgerens partner, men ikke æg fra sagsøgeren.

18. Surrogatmoderen bragte barnet til verden den 26. august 2011. Sagsøgeren tog sig af barnet, og ammede det navnlig, inden for en time efter fødslen. Hun ammede barnet i i alt tre måneder. Den 19. december 2011 blev der, efter anmodning, afsagt en »parental order« i henhold til HFEA, hvorved sagsøgeren og dennes partner fik fuldstændigt og permanent forældreansvar over barnet.

19. Allerede inden barnet blev født, havde sagsøgeren over for sagsøgte i hovedsagen – idet der ikke fandtes særlige virksomhedsbestemmelser eller lovregler vedrørende surrogatmoderskab – ansøgt om orlov med løn i henhold til adoptionsorlovsordningen »som følge af surrogatmoderskab«⁸, men anmodningen blev afvist. Efter at der var indgivet en ny ansøgning i juni 2011 – og dermed inden barnet blev født – ændrede sagsøgte i hovedsagen imidlertid holdning, anvendte adoptionsorlovsordningen analogt og tildelte sagsøgeren orlov med løn.

20. Sagsøgeren anlagde derefter sag for den forelæggende ret med påstand om, at hun, henset til, at hendes orlovsansøgning i første omgang blev afvist, var blevet udsat for ulovlig forskelsbehandling på grund af køn og/eller graviditet og barsel. Hun gjorde ligeledes gældende, at hun havde lidt skade relateret til graviditet og barsel som følge af, at hun ansøgte om barselsorlov.

8 — I anmodningen om præjudiciel afgørelse tales der om »formal request for surrogacy leave«.

21. Sagsøgte i hovedsagen har afvist, at der foreligger nogen form for lovbrud, da sagsøgeren ikke har noget retligt krav på orlov med løn, hverken barsels- eller adoptionsorlov. Disse krav er forbeholdt kvinder, der selv har født eller adopteret et barn.

22. Employment Tribunal Newcastle upon Tyne har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Giver artikel 1, stk. 1, og/eller artikel 2, litra c), og/eller artikel 8, stk. 1, og/eller artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF om arbejdstagere, der er gravide, [den sociale] mor, der får sit barn via en surrogataftale, ret til barselsorlov?
- 2) Giver direktiv 92/85 om arbejdstagere, der er gravide, ret til barselsorlov til [den sociale] mor, der får sit barn via en surrogataftale, under omstændigheder, hvor hun
 - a) kan amme efter fødslen og/eller
 - b) ammer efter fødslen?
- 3) Udgør en arbejdsgivers afvisning af at give barselsorlov til [den sociale] mor, der får sit barn via en surrogataftale, en tilsidesættelse af artikel 14, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra a), og/eller litra b), og/eller artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/54 om lige muligheder?
- 4) Udgør en afvisning af at give barselsorlov til [den sociale] mor, der får sit barn via en surrogataftale, på grund af arbejdstagerens forhold til rugemoren, en potentiel tilsidesættelse af artikel 14, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra a), og/eller litra b), og/eller artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/54 om lige muligheder?
- 5) Udgør det, som følge af den [sociale] mors forhold til rugemoren, en potentiel tilsidesættelse af artikel 14, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra a), og/eller litra b), og/eller artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/54 om lige muligheder at underkaste [den sociale] mor, der får sit barn via en surrogataftale, en mindre gunstig behandling?
- 6) Såfremt spørgsmål 4 besvares bekræftende, er den [sociale] mors status som [social] mor tilstrækkelig til at give hende ret til barselsorlov på grundlag af hendes forhold til rugemoren?
- 7) Såfremt spørgsmål 1, 2, 3 eller 4 besvares bekræftende:

7.1 Har direktiv 92/85 om arbejdstagere, der er gravide, direkte virkning i de relevante henseender?

7.2 Har direktiv 2006/54 om lige muligheder direkte virkning i de relevante henseender?»

IV – Sagsforløb for Domstolen

23. Ud over sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen har Irlands og Grækenlands regeringer samt Europa-Kommissionen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg under sagen for Domstolen. Desuden har Spaniens og Portugals samt Det Forenede Kongeriges regeringer deltaget i retsforhandlingernes skriftlige del.

V – Retlig bedømmelse

C – Antagelse af sagen til realitetsbehandling

24. Spørgsmålet er indledningsvis, om anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, eftersom sagsøgeren i sidste ende fik bevilget orlov med løn, sådan som hun havde anmodet om.

25. På forespørgsel herom under de mundtlige forhandlinger har sagsøgerens advokat anført, at orloven kun blev bevilget på grundlag af en skønsmæssig afgørelse fra hendes arbejdstager og ikke, fordi hun havde et retligt krav herpå. Da hun påtænker at lade en surrogatmor føde endnu et barn, består hendes retlige interesse i den nationale retssag i at få afklaret retsstillingen for fremtiden. Hverken sagsøgeren eller den forelæggende ret har præciseret, om sagen er lovligt anlagt i Det Forenede Kongerige.

26. Det tilkommer den forelæggende ret i henhold til national ret at afgøre, om der fortsat består en retlig interesse i hovedsagen. Det er ikke Domstolens opgave at tage stilling til dette spørgsmål.

27. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national domstol, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål⁹.

28. I det foreliggende tilfælde er der en tilstrækkelig forbindelse med genstanden for hovedsagen, hvori sagsøgeren udtrykkelig påberåber sig de EU-retlige bestemmelser, som omhandles i de præjudicielle spørgsmål, og sagsøgte i hovedsagen afviser sagsøgerens påstande. De retlige spørgsmål, der stilles, er ikke af hypotetisk karakter og kan bedømmes på grundlag af de udførlige angivelser fra den forelæggende ret om de faktiske og retlige forhold. Anmodningen om præjudiciel afgørelse kan følgelig antages til realitetsbehandling.

D – Bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål

29. De præjudicielle spørgsmål vedrører for det første direktiv 92/85 og for det andet direktiv 2006/54. Ved efterprøvelsen af direktiv 92/85 skal det undersøges, om, og i givet fald under hvilke forudsætninger, dette direktiv indrømmer den sociale mor krav på barselsorlov. Derudover skal det med henblik på direktiv 2006/54 undersøges, om den manglende indrømmelse af barselsorlov under de i hovedsagen foreliggende forudsætninger udgør en forskelsbehandling på grund af køn.

1. Præjudicielle spørgsmål, der vedrører direktiv 92/85

30. Med de to første og den første del af det syvende præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om »den vordende mor«, dvs. den sociale mor, kan udlede et krav på barselsorlov af direktiv 92/85. Den forelæggende ret spørger navnlig, om det forhold, at den sociale mor ammer eller kan amme barnet, spiller en rolle ved besvarelsen af disse spørgsmål.

31. I henhold til artikel 8 i direktiv 92/85 har »[a]rbejdstagere som defineret i artikel 2« i direktivet krav på barselsorlov.

⁹ — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, af 23.4.2009, sag C-544/07, Rüffler, Sml. I, s. 3389, præmis 37, af 19.11.2009, sag C-314/08, Filipiak, Sml. I, s. 11049, præmis 41, af 7.7.2011, sag C-310/10, Agafitei m.fl., Sml. I, s. 5989, præmis 26, og af 15.1.2013, sag C-416/10, Križan m.fl., præmis 54.

32. Direktivet indeholder ingen regler om surrogatmoderskab. Det præciserer ikke, at den sociale mor er omfattet af direktivets anvendelsesområde, og det udelukker hende heller ikke udtrykkeligt fra anvendelsesområdet.

33. Spørgsmålet er således indledningsvis, om sociale mødre i det hele taget falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 92/85.

a) Spørgsmålet, om direktiv 92/85 kan anvendes på sociale mødre

34. Ved undersøgelsen af, om direktiv 92/85 kan finde anvendelse på sociale mødre, skal der tages udgangspunkt i artikel 2 i direktiv 92/85. Denne bestemmelse beskriver, hvilken personkreds, der i overensstemmelse med de i artikel 1 i direktiv 92/85 nævnte formål kan have krav på barselsorlov som omhandlet i direktivets artikel 8. I henhold hertil har gravide arbejdstagere [artikel 2, litra a)], arbejdstagere, som lige har født [artikel 2, litra b)], og ammende arbejdstagere [artikel 2, litra c)] et sådant krav.

i) Ordlyden i artikel 2 i direktiv 92/85

35. Den sociale mor var på intet tidspunkt selv gravid og havde følgelig heller ikke lige født. Det følger derfor klart af ordlyden af artikel 2, litra a) og b), i direktiv 92/85, at hun ikke kan være omfattet af disse bestemmelser.

36. En social mor, der er arbejdstager, og som ammer sit barn, kan derimod uden videre henføres til kategorien »ammende arbejdstager« [artikel 2, litra c), i direktiv 92/85]. En social mor, der ikke ammer, omfattes derimod ikke af ordlyden i direktiv 92/85.

37. Spørgsmålet er imidlertid, om direktivets opbygning og formål, hvilket der skal tages hensyn til ved fortolkningen af direktivet¹⁰, er til hinder for at anvende dette på den sociale mor.

ii) Den stilling, som artikel 2, litra c), i direktiv 92/85 har i direktivets lovgivningstilgang

38. Sagsøgte i hovedsagen, Kommissionen, Det Forenede Kongerige og Kongeriget Spanien opfatter ikke »arbejdstagere som defineret i artikel 2« i direktiv 92/85 som separate persongrupper. De har ét fælles kendetegn, nemlig at de selv har født eller skal føde et barn. Der er med andre ord altid tale om barnets biologiske mor. Kommissionen henviser for så vidt bl.a. til artikel 8 i direktiv 92/85, der allerede udelukker sociale mødre, fordi den vedrører barselsorlov »før og/eller efter fødslen« og derfor kun omfatter kvinder, der selv har født et barn. Irland har desuden henvist til artikel 10 i direktiv 92/85, hvorefter der består en ensartet beskyttelse mod afskedigelse »fra graviditetens indtræden til udløbet af [...] barselsorlov[en]«.

39. Direktiv 92/85's struktur og systematik taler faktisk for i første omgang at tage udgangspunkt i en biologisk-monistisk opfattelse af begrebet moderskab. Det er meget muligt, at lovgiver ikke har tænkt særskilt på, at der kan være tale om forskellige personer ved udtrykkene gravid og ammende arbejdstager. For så vidt må direktiv 92/85 dog betragtes ud fra dets historiske baggrund. I begyndelsen af 1990'erne var det nemlig langt mindre udbredt at anvende surrogatmoderskab, end det er i dag. Det er derfor ikke overraskende, at direktiv 92/85 er opbygget på en sådan måde, at der tages udgangspunkt i det normale tilfælde, hvor der er tale om biologisk moderskab.

10 — Mayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 38.

– Foreløbig konklusion

40. Det kan herefter foreløbigt konkluderes, at det kun er ammende sociale mødre, der omfattes af ordlyden i artikel 2 i direktiv 92/85, og at fænomenet surrogatmoderskab tilsyneladende er ukendt i dette direktivs systematik.

41. Det betyder imidlertid ikke, at den sociale mor, selv hvis lovgiver – som det klart tyder på – ikke tænkte særskilt på dette særtilfælde, skal nægtes enhver form for beskyttelse i henhold til direktiv 92/85. Det må derimod være formålene med direktiv 92/85, der er afgørende, og det må undersøges, om det er nødvendigt også at inddrage sociale mødre under dette direktivs beskyttelsesområde.

iii) Inddragelse af sociale mødre under artikel 2 i direktiv 92/85 som følge af formålene med dette direktiv

42. Som Irland, den portugisiske og den spanske regering bl.a. under henvisning til artikel 1 i direktiv 92/85 med rette har anført, har direktivet til formål at beskytte de i artikel 2 nævnte arbejdstageres sundhed, henset til »sårbarheden« hos dem¹¹. De pågældende arbejdstagere kan nemlig være udsat for særlige risici på deres arbejdsplads som følge af deres fysiske tilstand som vordende eller nybagte mødre. Direktiv 92/85 kræver imidlertid ikke, at der foreligger en konkret fare¹², men beskytter, i nødvendigt omfang, den personkreds, der nævnes i direktivets artikel 2, på abstrakt og generel vis mod risikoen for at blive udsat for farlige agenser og arbejdsprocesser¹³ samt generelt mod sundhedsskadelige arbejdsvilkår som f.eks. natarbejde¹⁴. Hvad angår den særlige beskyttelse mod afskedigelse hedder det desuden i 15. betragtning til direktivet, at der bør vedtages et forbud mod afskedigelse, da risikoen for, at »arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, afskediges på grund af deres tilstand, kan skade deres fysiske og psykiske tilstand«.

43. Sociale mødre er ikke udsat for samtlige potentielle risici, der opføres i direktiv 92/85. Da sociale mødre ikke er gravide, eksisterer der i deres tilfælde ikke nogen graviditet, der udsættes for fare som følge af særlige arbejdsforhold. Efter barnets fødsel er de ikke udsat for de samme sundhedsrisici som en kvinde, der lige har født, og behovet for fysisk hvile oven på fødslen består slet ikke.

44. Den situation, som en ammende social mor står i, ligner derimod i høj grad situationen for en ammende biologisk mor. I begge tilfælde foreligger der sundhedsrisici, f.eks. hvis den pågældende gennem sit arbejde udsættes for kemikalier eller farlige arbejdsforhold. Desuden er børneopførelsen i begge tilfælde tidskrævende.

45. Direktiv 92/85, og navnlig den heri foreskrevne barselsorlov, har desuden, sådan som Domstolen har fastslået, ikke kun til formål at beskytte arbejdstageren. Barselsorloven skal også sikre beskyttelsen af det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med artikel 24, stk. 3, og artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Det skal undgås, at forholdet forstyrres ved, at moderen i denne første periode samtidig udøver sit erhvervsarbejde¹⁵.

11 — Jf. 14. betragtning til direktiv 92/85.

12 — Dom af 20.9.2007, sag C-116/06, Kiiski, Sml. I, s. 7643, præmis 30.

13 — Jf. 10. og 12. betragtning til direktiv 92/85 samt direktivets artikel 6.

14 — Jf. 12. og 13. betragtning til direktiv 92/85 samt direktivets artikel 7.

15 — Jf. dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 41, af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 30, af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 43, og af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 32, samt Kiiski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 46.

46. Dette formål om at beskytte forholdet mellem moderen og barnet gør det endda nærliggende at anvende direktiv 92/85 generelt på sociale mødre uafhængigt af, om en sådan mor ammer sit barn eller ej¹⁶. Direktivet er i hvert fald navnlig relevant for ammende sociale mødre som sagsøgeren i hovedsagen, og muligvis i endnu højere grad end for ammende biologiske mødre. Den sociale mor har nemlig ligesom en kvinde, der selv har bragt et barn til verden, et spædbarn i sin varetægt, hvis ve og vel hun har ansvaret for. Men netop fordi hun ikke selv har været gravid, står hun over for den udfordring, det er at knytte bånd til barnet, integrere det i familien og finde sig til rette i sin moderrolle. Dette »særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen« er lige så beskyttelsesværdigt, når der er tale om en social mor, som når der er tale om en biologisk mor.

47. Kommissionens argument om, at udtrykket moderskab i forbindelse med direktiv 92/85 ikke kan betragtes adskilt fra graviditeten – et argument, der i det væsentlige støttes på overvejelser af lovsystematisk art – er derfor ikke overbevisende. Den reproduktionsmedicinske udvikling har overhalet lovgivers systematik, men der er ikke derved opstået en situation, hvor lovgivers hensigt ikke kan opfyldes, når der er tale om en social mor. På lignende måde, som når der tidligere blev tilkaldt en amme som hjælp, er moderrollen ved surrogatmoderskab fordelt på to kvinder, og de skal sikres beskyttelse i henhold til direktiv 92/85 i de perioder, der er relevante for dem hver især. Surrogatmoderen, der bringer barnet til verden, men ikke drager omsorg for det efter fødslen, har kun behov for beskyttelse i sin egenskab af gravid arbejdstager og den, der lige har født. Den sociale mor, der ikke selv har været gravid, men har et spædbarn i sin varetægt og i givet fald også selv ammer det, har behov for beskyttelse efter barnets fødsel.

48. Henset til de muligheder, som de lægevidenskabelige fremskridt har skabt, kræver de med direktiv 92/85 forfulgte formål således, at den personkreds, som defineres i direktivets artikel 2, forstås ud fra en funktionel synsvinkel og ikke ud fra et biologisk-monistisk perspektiv. Den sociale mor, der, som planlagt i henhold til en på forhånd truffet aftale med surrogatmoderen, i stedet for surrogatmoderen tager sig af spædbarnet, som om hun var dets biologiske mor, allerede umiddelbart efter barnets fødsel, træder efter barnets fødsel i den biologiske mors sted, og der må efter dette tidspunkt indrømmes den sociale mor de samme rettigheder som dem, der ellers ville blive indrømmet surrogatmoderen.

49. I så henseende adskiller situationen sig fra adoption, hvor der typisk ikke foreligger en sådan relation til den sociale mor, der er knyttet allerede før barnets fødsel på grundlag af en aftale mellem to kvinder om barnets videre konkrete skæbne.

50. Domstolens dom i Mayr-sagen¹⁷ er ikke til hinder for denne tilgang. Denne sag drejede sig om, fra hvilket tidspunkt en arbejdstager i tilfælde af kunstig befrugtning anses for gravid som omhandlet i direktiv 92/85. I sin dom udelukkede Domstolen på den ene side ikke, at direktiv 92/85 også skal anvendes, når der benyttes reproduktionsmedicinske foranstaltninger, og på den anden side fastslog den, at det relevante tidspunkt er det, som også i tilfælde af naturlig reproduktion anses for starten på en graviditet¹⁸.

51. Hvis denne tankegang overføres til tilfælde af surrogatmoderskab og de rettigheder, som direktiv 92/85 giver den sociale mor, når man frem til, at den sociale mor først – men under alle omstændigheder fra da af – kan påberåbe sig beskyttelse i henhold til dette direktiv, når hun har fået barnet i sin varetægt og dermed er trådt ind i rollen som mor, fordi hun fra dette tidspunkt befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med den, en biologisk mor står i.

16 — Jf. herom umiddelbart nedenfor under punkt iv).

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

18 — Mayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 38 ff.

52. Hvis man derimod udelukkede den sociale mor fra anvendelsesområdet for artikel 2 i direktiv 92/85, ville dette i sidste ende være til skade for børn, der er født af en surrogatmor, og være i modstrid med den overordnede idé i artikel 24 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter barnets tarv skal komme i første række i alle handlinger vedrørende børn, uanset om de udføres af offentlige myndigheder eller private institutioner.

– Foreløbig konklusion

53. Det kan herefter endvidere foreløbig konkluderes, at i hvert fald en ammende social mor står i en situation, der svarer til en ammende biologisk mors for så vidt angår formålene med direktiv 92/85. Desuden kan begge mødre – både den sociale og den biologiske mor – henføres under begrebet »ammende arbejdstager«.

54. Direktiv 92/85 kunne dog eventuelt også finde anvendelse på sociale mødre, der ikke ammer.

iv) Kan artikel 2 i direktiv 92/85 anvendes på sociale mødre, der ikke ammer?

55. I det følgende skal det undersøges, om beskyttelsesformålet i direktiv 92/85 kræver, at direktivets artikel 2 også anvendes på sociale mødre, der efter et barns fødsel tager sig af dette som mor, selv om hun ikke ammer barnet.

56. Hvad angår hovedsagen må det ganske vist antages, at den sociale mor faktisk ammede sit barn. Med det andet præjudicielle spørgsmål spørger den forelæggende ret imidlertid udtrykkeligt om, hvorvidt amning har betydning for, om der er ret til barselsorlov, og der skal derfor tages stilling hertil. I henhold til Domstolens faste praksis tilkommer det nemlig først og fremmest den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de af den nationale retsinstans stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom¹⁹.

57. Dette gælder så meget mere, når baggrunden for hovedsagen er spørgsmålet, om der muligvis generelt, dvs. uafhængigt af, om den pågældende ammer, består et »retligt krav på barselsorlov med løn som følge af surrogatmoderskab« svarende til adoptionsorloven. Spørgsmålet om amning er derfor ikke af hypotetisk art i det foreliggende tilfælde og skal afklares.

58. Ved første øjekast forekommer det tvivlsomt, at det skulle være muligt at fortolke udtrykket »ammende arbejdstager« på en måde, der ikke kun omfatter de personer, der ammer i ordets egentlige forstand, men derimod på generel vis enhver social mor, der tager sig af sit barn.

59. Det taler for det første imod en sådan fortolkning, at der i bestemmelsens ordlyd konkret gås ud fra, at barnet ammes. Arbejdsgiveren skal underrettes herom, således at han kan tilpasse arbejdsforholdene til den ammende arbejdstagers særlige behov. Denne underretningspligt har ikke nogen betydning for kvinder, der ikke ammer deres spædbørn.

60. Artikel 2 i direktiv 92/85 beskytter imidlertid ikke kun mødrene på arbejdspladsen, men giver dem også krav på barselsorlov i henhold til artikel 8 i direktivet. Ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvem der hører til den kreds af personer, der for så vidt kan gøre krav gældende, skal der ikke kun ses på ordlyden i artikel 2 i direktiv 92/85, men også på beskyttelsesformålet bag barselsorloven. Som anført ovenfor har barselsorloven også til formål at sikre beskyttelsen af det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter fødslen. Barselsorloven beskyttes således i den primære ret i medfør af

19 — Jf. herom den i fodnote 9 nævnte retspraksis.

artikel 7 og 24 i chartret om grundlæggende rettigheder. Det forhold, at hvert barn i henhold til artikel 24, stk. 3, i chartret om grundlæggende rettigheder har ret til regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, gælder i særlig grad for et spædbarn og dets forhold til den mor, der tager sig af det, og det er en af de afgørende grunde til, at direktiv 92/85 indrømmer ret til barselsorlov.

61. Spørgsmålet om, hvorledes spædbarnet konkret ernæres, spiller derimod en underordnet rolle. Spørgsmålet, om et barn ammes eller ernæres ved flaske, afhænger af forhold, som moderen kun delvis kan påvirke, og det må ikke være afgørende for, om den mor, der tager sig af barnet, indrømmes eller nægtes barselsorlov efter fødslen.

62. Hvad angår den biologiske mor, der allerede har ret til barselsorlov i henhold til artikel 2, litra a) og b), i direktiv 92/85, bortfalder kravet på barselsorlov efter fødslen heller ikke, hvis hun vælger at ernære barnet ved flaske. Det samme må gælde for den sociale mor, idet hun som følge af den funktionelle opgavedeling mellem hende og surrogatmoderen først kan opnå barselsorlov efter fødslen. Der tages ikke tilstrækkeligt hensyn til det beskyttelsesformål, der er garanteret som en grundlæggende rettighed, og som består i at sikre, at det særlige forhold mellem moderen og barnet kan udvikle sig uforstyrret, hvis spørgsmålet om, hvorledes barnet ernæres, er afgørende for, om der skal indrømmes den sociale mor ret til barselsorlov efter fødslen.

63. Set ud fra primærretten og teleologiske betragtninger skal artikel 2 i direktiv 92/85 for så vidt angår indrømmelse af barselsorlov til den sociale mor derfor fortolkes således, at den også kan omfatte arbejdstagere, der faktisk ikke ammer deres barn. Hvis en medlemsstat anerkender surrogatmoderskab og dermed også det forhold, at moderrollen funktionelt set opdeles mellem to kvinder, må den også drage den konsekvens heraf, at den sociale mor indrømmes tilsvarende rettigheder for så vidt angår barselsorlov.

64. Når der tages udgangspunkt i, at den pågældende medlemsstat accepterer surrogatmoderskab, kan man endvidere rejse spørgsmålet – der dog ikke er afgørende i den foreliggende sag – om direktiv 92/85 kun kan anvendes på sociale mødre, såfremt surrogatmoderskab også er accepteret i henhold til de nationale retsfor skrifter i denne medlemsstat.

65. I det foreliggende tilfælde er det ikke nødvendigt at komme nærmere ind på dette, eftersom aftalen om surrogatmoderskab var retmæssig i henhold til de relevante nationale retsregler, og den sociale mor på grundlag af den såkaldte »parental order« havde fået overdraget forældreansvaret for barnet.

66. Henset til omstændighederne i hovedsagen har det heller ingen betydning, hvorledes man f.eks. skal bedømme grænseoverskridende situationer, hvor surrogatmoderskab ganske vist accepteres i lovgivningen i surrogatmoderens oprindelsesland, men ikke i lovgivningen på beskæftigelsesstedet.

67. I hvert fald i de tilfælde, hvor en medlemsstat, i hvilken der påberåbes rettigheder i henhold til direktiv 92/85, anerkender, at den sociale mor har et retligt forhold til barnet i den konkrete sag, skal direktivet finde anvendelse på en social mor, der træder i surrogatmoderens sted umiddelbart efter fødslen.

v) Foreløbig konklusion vedrørende punkt a)

68. Herefter skal en social mor under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, for så vidt angår spørgsmålet om indrømmelse af barselsorlov anses for en »arbejdstager som defineret i artikel 2 [i direktiv 92/85]«, og direktiv 92/85 kan derfor anvendes på hende, hvis hun tager barnet i sin varetægt efter dets fødsel.

b) Krav på barselsorlov i henhold til artikel 8 i direktiv 92/85

69. I sin egenskab af arbejdstager som defineret i artikel 2 i direktiv 92/85 har den sociale mor således krav på barselsorlov i henhold til direktivets artikel 8.

70. Direktiv 92/85 går ganske vist ud fra princippet om en sammenhængende barselsorlov, der tilkommer en og samme person. Dette princip må dog modificeres, når der er tale om surrogatmoderskab, så der kan tages højde for den særlige situation, de berørte kvinder befinder sig i. Begge kvinder er nemlig orlovsberettigede i henhold til direktivets artikel 8, og de er det delvis på samme tid.

71. Inden fødslen er det kun surrogatmoderen, der i sin egenskab af gravid arbejdstager [artikel 2, litra a), i direktiv 92/85] kan have krav på barselsorlov. Efter fødslen er surrogatmoderen orlovsberettiget som den, der lige har født [artikel 2, litra b), i direktiv 92/85], og den sociale mor er orlovsberettiget, når hun tager barnet i sin varetægt efter dets fødsel.

72. Spørgsmålet er derfor, om, og i givet fald i hvilket omfang, barselsorloven på i alt mindst 14 uger skal opdeles mellem de pågældende kvinder. Da surrogatmoderskab ikke er reguleret konkret, er det formålene bag direktiv 92/85, der er afgørende, og der skal, i det omfang det er muligt ved surrogatmoderskab, tages hensyn til de krav, som direktivets systematik indebærer.

73. Det skal indledningsvis konstateres, at der i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/85 under alle omstændigheder skal indrømmes en obligatorisk barselsorlov på mindst to uger. Da både surrogatmødre og sociale mødre er »arbejdstagere som defineret i [direktivets] artikel 2«, skal begge mødre indrømmes hele denne orlovsperiode, og den orlov, som den anden mor har taget, kan ikke trækkes fra.

74. For det andet må det fastslås, at surrogatmoderskabskonceptet, når det overføres til systematikken i direktiv 92/85, ikke kan føre til en fordobling af det samlede krav på barselsorlov. Den rollefordeling, som de pågældende kvinder har valgt, skal derimod genspejle sig i barselsorloven. Den orlov, som surrogatmoderen allerede har taget, må derfor trækkes fra den sociale mors orlov, og omvendt.

75. Det kan ganske vist ikke på detaljeret vis udledes af direktiv 92/85's formål og opbygning, i hvilket omfang kvinderne hver især har krav på orlov, navnlig ikke, om barselsorloven skal fordeles ligeligt imellem dem, og hvad der skal ske, hvis de ikke kan blive enige om fordelingen, men det må kunne udledes, hvilke parametre der skal tages hensyn til. Ved opdelingen af barselsorloven skal der nemlig i hvert fald tages hensyn til de interesser, som direktivet beskytter. Inden fødslen er hensynet til beskyttelsen af den gravide afgørende, og efter fødslen er hensynet til den, der lige har født, og barnets tarv afgørende. Der skal tages højde for disse beskyttelseshensyn ved en eventuel opdeling af barselsorloven, der sker i enighed, og opdelingen må navnlig ikke være til skade for barnets tarv. Da artikel 8 i direktiv 92/85 for så vidt angår den nærmere regulering af barselsorloven henviser generelt til national lovgivning, er det nærliggende også at inddrage værdiforestillingerne i denne lovgivning i øvrigt. Det kunne eventuelt komme på tale at anvende bestemmelserne om den situation, at flere kreditorer har et og samme krav, analogt.

c) Konklusion vedrørende det første og det andet præjudicielle spørgsmål

76. Det første og det andet præjudicielle spørgsmål skal følgelig besvares således, at i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende har en social mor, der har fået et barn via en surrogataftale, efter barnets fødsel i hvert fald krav på barselsorlov i henhold til artikel 2 og 8 i direktiv 92/85, såfremt hun tager barnet i sin varetægt efter fødslen, surrogatmoderskab er tilladt i den pågældende medlemsstat, og betingelserne i den nationale lovgivning er opfyldt. Dette gælder, selv hvis den sociale mor ikke ammer barnet efter fødslen. Barselsorloven skal i så fald for det første være på mindst to uger, og for det andet skal barselsorlovperioder, som surrogatmoderen måtte have taget, trækkes fra.

d) Den første del af det syvende præjudicielle spørgsmål

77. Med den første del af det syvende præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret bl.a. oplyst, om direktiv 92/85 har »direkte virkning«. Der er en vis tvivl om dette for så vidt angår spørgsmålet om barselsorlov, fordi det nøjagtige indhold af kravet på barselsorlov og svaret på, hvorledes denne skal fordeles mellem surrogatmoderen og den sociale mor, ikke kan udledes tilstrækkelig nøjagtigt af direktivet. Det kan imidlertid udledes af direktivet, at der i hvert fald som minimum skal indrømmes den sociale mor en barselsorlov på to uger. Hvis surrogatmoderen og den sociale mor under overholdelse af de nævnte beskyttelseshensyn på gyldig vis bliver enige om, hvorledes de resterende mindst ti uger skal fordeles, kan kravet på den resterende barselsorlov også fastsættes tilstrækkelig nøjagtigt. For så vidt må det antages, at direktiv 92/85 har direkte virkning.

78. Efter at have omtalt direktiv 92/85 skal jeg nu undersøge direktiv 2006/54.

2. De præjudicielle spørgsmål, der vedrører direktiv 2006/54

79. Det tredje til det sjette præjudicielle spørgsmål samt den anden del af det syvende præjudicielle spørgsmål vedrører ligebehandling af mænd og kvinder i henhold til direktiv 2006/54. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst, om direktiv 2006/54 er til hinder for, at en arbejdstager kan afvise at give en social mor barselsorlov. For det andet ønsker den oplyst, om der foreligger forskelsbehandling af den sociale mor som følge af hendes forhold til surrogatmoderen.

80. Der må gives Kommissionen og Det Forenede Kongerige medhold i, at direktiv 2006/54 ikke har nogen betydning for problemstillingen i hovedsagen. Den foreliggende retssag vedrører nemlig ikke »gennemførelsen af princippet om lige muligheder for og lige behandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2006/54. I den henseende bemærkes:

a) Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål

81. Direktiv 92/85, som jeg allerede har undersøgt ovenfor, bestemmer, under hvilke betingelser der skal indrømmes barselsorlov – det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål drejer sig i det væsentlige herom. Artikel 15 i direktiv 2006/54 angår udelukkende spørgsmålet om tilbagevenden fra barselsorlov og forudsætter dermed, at disse betingelser reguleres andetsteds.

82. Direktiv 2006/54 finder derfor så vidt ikke anvendelse.

b) Det femte præjudicielle spørgsmål

83. Med det femte præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om det, som følge af den sociale mors forhold til surrogatmoderen, udgør en tilsidesættelse af artikel 14, sammenholdt med artikel 2, i direktiv 2006/54, dvs. forskelsbehandling på grund af køn, hvis den sociale mor behandles »mindre gunstigt«.

84. Dette spørgsmål vedrører tilsyneladende den ikke nærmere konkretiserede »skade«, som sagsøgeren i hovedsagen angiver at have lidt. Denne skade har tilsyneladende i det væsentlige bestået i, at sagsøgeren i hovedsagen i første omgang blev nægtet barselsorlov, fordi det ikke var hende selv, men derimod surrogatmoderen, der var gravid. For så vidt er direktiv 92/85 relevant²⁰.

85. Under alle omstændigheder fremgår det, uanset dette, ikke, at sagsøgeren i hovedsagen har fået en »dårligere behandling [...] i forbindelse med graviditet eller barselsorlov som defineret i direktiv 92/85[...]«, jf. artikel 2, stk. 2, i direktiv 2006/54.

86. For det første er det udelukket, at den sociale mor behandles dårligere end surrogatmoderen som følge af graviditet, eftersom det var surrogatmoderen og ikke sagsøgeren i hovedsagen, som var gravid. Sagsøgeren i hovedsagen kan ikke påberåbe sig surrogatmoderens graviditet for derved selv at blive behandlet som en gravid på arbejdspladsen. For det andet kan det kun antages, at der forelå en dårligere behandling i forbindelse med barselsorlov, hvis der faktisk var blevet indrømmet sagsøgeren i hovedsagen barselsorlov, og hun som følge heraf havde lidt karrieremæssig skade. Artikel 15 i direktiv 2006/54 regulerer denne situation for så vidt angår tilbagevenden fra barselsorloven. Spørgsmålet, om der overhovedet skal indrømmes barselsorlov, reguleres imidlertid ikke i direktiv 2006/54.

87. Der ses desuden ingen holdepunkter for, at der foreligger en direkte eller indirekte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 2006/54. Sagsøgeren i hovedsagen er i hvert fald ikke blevet stillet ringere end sine mandlige kolleger på grund af sit køn, men højst, fordi hun har opfyldt sit ønske om at få børn ved hjælp af en surrogatmor. I dette tilfælde kan der imidlertid kun tænkes at foreligge en forskelsbehandling i forhold til andre kvinder, der ikke har benyttet sig af en surrogatmor, og situationen ville ikke dreje sig om lige chancer for og ligebehandling af mænd og kvinder som omhandlet i direktiv 2006/54.

88. Der er derfor ikke sket nogen tilsidesættelse af artikel 14 i direktiv 2006/54.

c) Konklusion vedrørende det tredje til det sjette præjudicielle spørgsmål og den anden del af det syvende præjudicielle spørgsmål

89. Det tredje, det fjerde og det femte præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares benægtende. Da det sjette præjudicielle spørgsmål kun stilles for det tilfælde, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, er det ikke nødvendigt at tage stilling til det. Det er heller ikke nødvendigt at besvare den anden del af det syvende præjudicielle spørgsmål.

²⁰ — Jf. ovenfor under punkt 81.

VI – Forslag til afgørelse

90. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»I en situation som den i hovedsagen foreliggende har en social mor, der har fået et barn via en surrogataftale, efter barnets fødsel i hvert fald krav på barselsorlov i henhold til artikel 2 og 8 i direktiv 92/85, såfremt hun efter fødslen tager barnet i sin varetægt, surrogatmoderskab er tilladt i den pågældende medlemsstat, og betingelserne i denne nationale lovgivning er opfyldt. Dette gælder, selv hvis den sociale mor faktisk ikke ammer barnet efter fødslen. Barselsorloven skal i så fald for det første være på mindst to uger, og for det andet skal barselsorlovsperioder, som surrogatmoderen måtte have taget, trækkes fra.

Det fremgår ikke, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 14 i direktiv 2006/54 under de konkrete omstændigheder i hovedsagen.«