



## Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
NILS WAHL  
esitatud 26. septembril 2013<sup>1</sup>

### Kohtuasi C-363/12

Z

versus

**A Government department and the Board of management of a community school**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Equality Tribunal (Iirimaa))

Sotsiaalpoliitika — Asendusemadus — Õigus saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset puhkust — Direktiiv 2006/54/EÜ — Meeste ja naiste võrdne kohtlemine — Kohaldamisala — Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni puuetega inimeste õiguste konventsioon — Direktiiv 2000/78/EÜ — Võrdne kohtlemine töö saamisel ja kutsealale pääsemisel — Kohaldamisala — Mõiste „puue” — Tööelus osalemine — Artikkel 5 — Kohustus võtta mõistlikud abinõud

1. Asendusemadus, mis on kunstliku viljastamise järjest tavalisem vorm, on paljudes liikmesriikides õrn poliitiline ja sotsiaalne teema. Käesolev Equality Tribunali (Iirimaa) eelotsusetaotlus koos kohtuasjaga CD<sup>2</sup> annab tunnistust, et asendusemadus on oma veel suhteliselt vähesest levikust hoolimata aktuaalne teema ning selle reguleerimisega on seotud keerulised õigusküsimused (ja eetilised küsimused). Liikmesriikide õigusmaastik on erinev: asendusemadus võib olla seaduslik ja konkreetselt reguleeritud, aga ka ebaseaduslik või – nagu Iirimaa puhul – reguleerimata, ning liikmesriigid on väga erineval arvamusel selles, kuidas asendusemadust ja eelkõige sellega seotud protsesse reguleerida.

2. Põhikohtuasjas sai naine, kes ei ole võimeline rasedust kandma, oma bioloogilise lapse asendusemaduse abil. Kas tal on EL-i õiguse kohaselt õigus saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust? See on käesolevas asjas Euroopa Kohtule esitatud küsimuste tuum.

### I. Õiguslik raamistik

#### A. Rahvusvaheline õigus

3. Ühendatud Rahvaste Organisatsiooni 13. detsembri 2006. aasta puuetega inimeste õiguste konventsiooni<sup>3</sup> (edaspidi „ÜRO konventsioon”) preambuli punkt e sätestab: „tunnistades, et puue on ajas muutuv mõiste ning et puue on vaegustega isikute ning suhtumuslike ja keskkondlike takistuste vastasmõju tagajärg, mis takistab nende isikute täielikku ja tõhusat osalemist ühiskonnaelus teistega võrdsetel alustel”.

1 — Algkeel: inglise.

2 — Euroopa Kohtus poolel olev kohtuasi C-167/12: CD.

3 — Euroopa Liit ratifitseeris selle konventsiooni 23. detsembril 2010. Vt nõukogu 26. novembri 2009. aasta otsus 2010/48/EÜ Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni puuetega inimeste õiguste konventsiooni sõlmimise kohta Euroopa Ühenduse nimel (ELT 2010, L 23, lk 35; edaspidi „nõukogu otsus 2010/48”).

4. ÜRO konventsiooni artikkel 1 sätestab, et „puuetega inimeste mõiste hõlmab isikuid, kellel on pikaajaline füüsiline, vaimne, intellektuaalne või meeleline vaegus, mis võib koostoimel erinevate takistustega tõkestada nende täielikku ja tõhusat osalemist ühiskonnaelus teistega võrdsetel alustel.”

## B. *EL-i õigus*

### 1. Direktiiv 92/85/EMÜ

5. Direktiivi 92/85<sup>4</sup> põhjendus 8 toonitab, et rasedad, hiljuti sünnitanud ja rinnaga toitvad töötajad on omaette riskigrupp ning on vaja võtta meetmed nende ohutuse ja tervise tagamiseks.

6. Põhjenduse 14 kohaselt tingib rasedate, hiljuti sünnitanud ja rinnaga toitvate töötajate vastuvõtlikkus vajaduse anda neile õigus saada rasedus- ja sünnituspuhkust.

7. Direktiivi 92/85 artikli 1 kohaselt on selle direktiivi eesmärk „rakendada meetmeid, soodustamaks rasedate, hiljuti sünnitanud ja rinnaga toitvate töötajate tööohutuse ja tervishoiu parandamist”.

8. Vastavalt artiklile 8 peavad liikmesriigid võtma vajalikud meetmed tagamaks, et artiklis 2<sup>5</sup> määratletud töötajatel oleks õigus saada vähemalt 14 nädala pikkune katkestamatu rasedus- ja sünnituspuhkus enne ja/või pärast sünnitust vastavalt siseriiklikele õigusaktidele ja/või tavadele.

9. Artikli 11 lõige 2 sätestab seoses artiklis 8 ette nähtud rasedus- ja sünnituspuhkusega, et selle ajal tuleb tagada artiklis 2 määratletud töötajate töötasu säilimine ja/või õigus piisavale toetusele.

### 2. Direktiiv 2006/54/EÜ

10. Direktiivi 2006/54<sup>6</sup> põhjendus 23 osutab Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt on naise ebasoodne kohtlemine seoses raseduse või emadusega otsene sooline diskrimineerimine, ja lisab, et direktiiv hõlmab seetõttu sellist kohtlemist. Samuti Euroopa Kohtu praktikale viitav põhjendus 24 lisab, et on õiguspärane kaitsta naise bioloogilist seisundit raseduse kestel ning sünnitusjärgsel ajal ning kehtestada emaduse kaitsmise meetmed kui sisulise võrdõiguslikkuse saavutamise vahend.

11. Põhjenduse 27 kohaselt on liikmesriik pädev otsustama, „kas anda [...] õigus saada isapuhkust ja/või lapsendamispuhkust või ei”. Lisaks määrab liikmesriik „kõik [...] direktiivi kohaldamisala välised tingimused, välja arvatud töölt vabastamine ja töölenaasmine”.

12. Direktiivi 2006/54 artikkel 2 sätestab selles direktiivis kasutatavad mõisted.

13. Direktiivi 2006/54 artikli 2 lõike 1 punkti a kohaselt on „otsene diskrimineerimine” see, „kui ühte isikut koheldakse soo tõttu halvemini, kui koheldakse, on koheldud või koheldaks teist isikut samalaadses olukorras”. Vastavalt artikli 2 lõike 1 punktile b on „kaudne diskrimineerimine” see, „kui väliselt neutraalne säte, kriteerium või tava seab ühest soost isikud võrreldes teisest soost isikutega

4 — Nõukogu 19. oktoobri 1992. aasta direktiiv 92/85/EMÜ rasedate, hiljuti sünnitanud ja rinnaga toitvate töötajate tööohutuse ja tervishoiu parandamise meetmete kehtestamise kohta (kümnes üksikdirektiiv direktiivi 89/391/EMÜ artikli 16 lõike 1 tähenduses) (EÜT 1992, L 348, lk 1; ELT eriväljaanne 05/02, lk 110).

5 — Artikli 2 punktis a on „rase töötaja” määratletud kui „rase töötaja, kes kooskõlas siseriiklike õigusaktide ja/või siseriiklike tavadega teatab tööandjale oma olukorrast”, ja punktis b „hiljuti sünnitanud töötaja” kui „hiljuti sünnitanud töötaja siseriiklike õigusaktide ja/või siseriiklike tavade tähenduses, kes kooskõlas kõnealuste õigusaktide ja/või tavadega teatab tööandjale oma olukorrast”.

6 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. juuli 2006. aasta direktiiv 2006/54/EÜ meeste ja naiste võrdsete võimaluste ja võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta tööhõive ja elukutse küsimustes (uuestisõnastamine) (ELT 2006, L 204, lk 23).

ebasoodsamasse olukorda, välja arvatud juhul, kui kõnealusel sättel, kriteeriumil või taval on objektiivselt põhjendatav õigustatud eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud”. Lisaks sätestab artikli 2 lõike 2 punkt c, et selle direktiivi kohaselt on diskrimineerimine ka „naise halvem kohtlemine seoses rasedus- või sünnituspuhkusega direktiivi 92/85[...] tähenduses”.

14. Artikkel 4 keelab igasuguse soolise diskrimineerimise „töö tasustamise kõigis aspektides ja tingimustes”.

15. Artikkel 14 keelab igasuguse soolise diskrimineerimise seoses tööle saamise, õppe kättesaadavuse, töö saamise ja töö tingimuste ning töötajate organisatsioonidesse kuulumisega.

16. Direktiivi 2006/54 artikkel 16 käsitleb isadele lapse sünni korral antavat puhkust ja lapsendaja puhkust. See sätestab:

„Käesolev direktiiv ei piira liikmesriikide õigust tunnustada isadele lapse sünni korral antava puhkuse ja lapsendaja puhkusega seotud eraldi õigusi. Selliseid õigusi tunnustavad liikmesriigid võtavad vajalikud meetmed töötavate meeste ja naiste kaitsmiseks töölt vabastamise vastu seoses nende õiguste kasutamisega ning tagavad, et pärast sellise puhkuse lõppemist oleks neil õigus naasta samale või sellega võrdväärsele töökohale nende jaoks mitte halvematel tingimustel ja kasutada paranenud töötingimusi, millele neil oleks tekkinud õigus oma äraoleku ajal.”

### 3. Direktiiv 2000/78/EÜ

17. Direktiivi 2000/78<sup>7</sup> põhjenduse 20 kohaselt tuleks sätestada asjakohased meetmed, et kohandada töökohad puuetega inimeste vajadustele. Tõhusate ja konkreetsete meetmetega tuleks hõlmata ka „tööruumid ja sisseseade, tööaja pikkus ja korraldus, ülesannete jaotus ning ette näha koolitusvõimalused või integreerimisvahendid”.

18. Põhjendus 21 täpsustab: „Et kindlaks teha, kas kõnealused meetmed osutuvad liiga koormavaks, tuleks eelkõige arvesse võtta rahalisi ja muid kulusid, organisatsiooni või ettevõtte suurust ja rahalisi vahendeid ning riikliku rahastamise või muu abi võimalust.”

19. Artikkel 3 määratleb direktiivi 2000/78 kohaldamisala. See sätestab:

„1. Ühendusele antud pädevuse piires kohaldatakse käesolevat direktiivi kõikide isikute suhtes nii avalikus kui ka erasektoris, sealhulgas avalik-õiguslike isikute suhtes, kui kõne all on:

a) tööle saamise, füüsilisest isikust ettevõtjaks hakkamise või kutsealale pääsemise tingimused [...]

[...]

c) töö saamise ja töö tingimused, kaasa arvatud töölt vabastamine ja töötasu; [...]”

20. Mõiste „mõistlikud abinõud” puuetega inimeste arvessevõtmiseks on määratletud direktiivi artiklis 5. See sätestab, et „tööandjad võtavad asjakohaseid, konkreetset juhul vajalikke meetmeid, et võimaldada puuetega inimesel tööle pääseda, töös osaleda või edeneda [...], kui sellised meetmed ei põhjusta tööandjale ebaproportsionaalselt suurt koormust.”

7 — Nõukogu 27. novembri 2000. aasta direktiiv 2000/78/EÜ, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel (EÜT 2000, L 303, lk 16; ELT eriväljaanne 05/04, lk 79).

### C. Iiri õigus

21. Iiri õigus ei reguleeri asendusemaduse valdkonda. Seetõttu ei ole vanematele, kelle laps on sündinud asendusemaduse abil, ette nähtud saada tööst rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust.

22. Seoses rasedus- ja sünnituspuhkusega sätestab Maternity Protection Act 1994<sup>8</sup> (1994. aasta emaduse kaitse seadus; muudetud kujul) § 8, et „*rasedal* töötajal” (kohtujuristi kursiiv) on õigus saada „rasedus- ja sünnituspuhkuseks” nimetatavat puhkust. Seadusega ette nähtud rasedus- ja sünnituspuhkuse miinimumperiood on 26 nädalat. Rasedus- ja sünnituspuhkuse saamiseks peab töötaja tööandjale teatama oma kavatsusest võtta rasedus- ja sünnituspuhkust ning esitama talle arsti- või muu asjakohase tõendi, mis kinnitab, et töötaja on rase ja millele on märgitud eeldatav sünnituse nädal.

23. Lapsendaja puhkust reguleerib Adoptive Leave Act 1995<sup>9</sup> (1995. aasta lapsendaja puhkuse seadus; muudetud kujul). Selle § 6 kohaselt on töötajal, kes on naissoost lapsendaja või last üksinda kasvatama hakkav meessoost lapsendaja, õigus saada lapsendaja puhkust alates päevast, mil laps vanema juures elama hakkab. Seadusega ette nähtud lapsendaja puhkuse miinimumperiood on 24 nädalat alates päevast, mil laps vanema juures elama hakkab. Lapsendaja puhkuse saamiseks tuleb tööandjale lapsendamise eest teatada ja esitada lapsendamist tõendavad dokumendid.<sup>10</sup>

## II. Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

24. Z on õpetaja koolis, mida haldab Iiri avalik-õiguslik asutus. Ta põeb haruldast haigust, mille tõttu ei ole tal emakat – kuigi tal on olemas munasarjad ja ta on muidu viljastumisvõimeline – ja ta ei saa rasedust kanda.

25. Lapse saamiseks korraldasid Z ja tema abikaasa nii, et asendusema sünnitaks neile lapse Californias Ameerika Ühendriikides. 2010. aasta aprillis sündis selle asendusemaduse kokkuleppe alusel laps. Laps on paari bioloogiline laps ja asendusema ei ole lapse Ameerika sünnitunnistusele märgitud.

26. Z-i töötingimused hõlmavad õigust saada tasustatud lapsendaja puhkust ning rasedus- ja sünnituspuhkust. Iiri õigusaktides ega Z-i töölepingus ei ole sõnaselget sätet sellise puhkuse kohta, mille saamise õigus tekiks asendusemaduse abil saadud lapse sünni korral.

27. Z esitas siiski asendusema raseduse ajal taotluse lapsendaja puhkuse saamiseks. Kui talle tasustatud puhkuse andmisest keelduti ja pakuti ainult tasustamata vanemapuhkust,<sup>11</sup> esitas Z Equality Tribunalile kaebuse. Ta väitis, et teda on soo, perekonnaseisu ja puude alusel diskrimineeritud.

8 — *Irish Statute Book* nr 34, 1994.

9 — *Irish Statute Book* nr 2, 1995.

10 — Nende kahe puhkuseliigi puhul sõltub õigus tasule töölepingu tingimustest. Asjaomasel isikul võib siiski olla õigus saada rasedus- ja sünnitushüvitist või lapsendaja hüvitist. Social Welfare (Consolidation) Act 2005 (2005. aasta (konsolideeritud) sotsiaalhoolekandeseadus) näeb ette rasedus- ja sünnitushüvitise (9. peatükk) ja lapsendaja hüvitise (11. peatükk) maksmise, kui on täidetud teatavad tingimused.

11 — Iiri haridusamet nõustus võimaldama Z-ile tasustamata puhkust enne lapse sündi Californias viibitud aja eest. Lapse sünnist alates oli Z-l õigus saada seadusega ette nähtud vanemapuhkust ajavahemikul alates lapse sünnist kuni 2010. aasta kooliaasta lõpuni ja uuesti alates järgmise kooliaasta algusest. Tal oli õigus saada vanemapuhkust kõige rohkem 14 nädalat. Lisaks oli Z-l õigus saada suvekuude eest töötasu tavalises korras.

28. Equality Tribunal, kellel oli kahtlusi EL-i õiguse asjakohaste sätete kohaldamisala ja tõlgendamise suhtes, otsustas menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised küsimused:

„1. Kas lähtudes Euroopa Liidu esmase õiguse järgmistest sätetest:

- i) Euroopa Liidu lepingu artikkel 3,
- ii) Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklid 8 ja 157, ja/või
- iii) Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklid 21, 23, 33 ja 34,

tuleb [direktiivi 2006/54] ja eeskätt selle artikleid 4 ja 14 tõlgendada nii, et soolise diskrimineerimisega on tegemist juhul, kui naisel, kelle bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil ja kes hoolitseb oma bioloogilise lapse eest tema sünnist saadik, ei ole võimalik saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega võrduvat tasustatud puhkust?

2. Kui vastus esimesele küsimusele on eitav, siis kas [direktiiv 2006/54] on kooskõlas Euroopa Liidu esmaste õigusaktide eespool nimetatud sätetega?

3. Kas lähtudes Euroopa Liidu esmase õiguse järgmistest sätetest:

- i) Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 10, ja/või
- ii) Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklid 21, 26 ja 34,

tuleb [direktiivi 2000/78] ja eeskätt selle artikli 3 lõiget 1 ja artiklit 5 tõlgendada nii, et puude alusel diskrimineerimisega on tegemist juhul, kui naisel, kellel on puue, mis ei võimalda tal sünnitada, kelle bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil ja kes hoolitseb oma bioloogilise lapse eest tema sünnist saadik, ei ole võimalik saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega võrduvat tasustatud puhkust?

4. Kui vastus kolmandale küsimusele on eitav, siis kas [direktiiv 2000/78] on kooskõlas Euroopa Liidu esmaste õigusaktide eespool nimetatud sätetega?

5. Kas [direktiivi 2000/78] tõlgendamiseks ja/või kehtivuse vaidlustamiseks võib tugineda [ÜRO konventsioonile]?

6. Kui vastus viiendale küsimusele on jaatav, siis kas [direktiiv 2000/78] ja eeskätt selle artiklid 3 ja 5, on kooskõlas [ÜRO konventsiooni] artiklitega 5 ja 6, artikli 27 lõike 1 punktiga b ja artikli 28 lõike 2 punktiga b?

29. Kirjalikud seisukohad esitasid Z ning Iiri Government Department ja Board of Management of a Community School, samuti Iiri ja Portugali valitsus ning Euroopa Parlament, nõukogu ja komisjon. Kohtuistungil, mis toimus 28. mail 2013, esitasid suulised seisukohad Z, Iiri Valitsus, Euroopa Parlament, nõukogu ja komisjon.

### III. Analüüs

#### A. Sissejuhatavad märkused

30. Käesoleva kohtuasja sotsiaalse tausta paremaks mõistmiseks on minu arvates vajalik anda lühiülevaade asendusemaduse peamistest (õiguslikest ja faktilistest) aspektidest.<sup>12</sup>

31. Asendusemadust on mitut liiki. Osalise asendusemaduse korral rasestub asendusema (naine, kes aitab asendusemaduse kasutajatel<sup>13</sup> vanemateks saada nende last kandes) asendusemadust kasutava mehe sperma ja enda munaraku abil. Täielik asendusemadus hõlmab seevastu kehaväliselt viljastamist, mille puhul saadakse viljastatav munarakk asendusemadust kasutavalt naiselt või doonorilt. Täieliku asendusemaduse korral ei ole asendusemal lapsega, keda ta kannab, geneetilist sidet.

32. Asendusemaduse kasutamisel võib olla mitmesuguseid põhjuseid. Spektri ühes otsas on inimesed, kes otsustavad asendusemaduse kasuks isiklikust mugavusest. Teises otsas on paarid, kellel ei õnnestu tavapärasel viisil lapsi saada mitmesugustel viljatuse, haiguse või puudega seotud põhjustel. Lisaks aitab asendusemadus täita samasooliste paaride soovi saada ühe asendusemaduse kasutajaga geneetiliselt seotud olev laps.

33. Asendusemadus ei tekita üksnes selle lepinguliste aspektidega seotud keerulisi õigusprobleeme (nt kas selliste lepingute sõlmimine on seaduslik ja mil määral võivad asendusemad oma teenuse eest rahalist hüvitist saada). Probleemid tekivad ka pärast lapse sündi.

34. Olenevalt asjaomasest liikmesriigist tekitab lapse sünd asendusemaduse abil mitmesuguseid keerulisi õigusküsimusi, sealhulgas tõstatub küsimus, keda tuleb sel juhul käsitada lapse seaduslike vanematena.<sup>14</sup> Täpsemalt: kuidas tagatakse asendusemaduse kasutajate õigused? Omaette, kuigi sellega tihedalt seotud küsimus on, mil määral tuleb asendusemaduse kasutajatele võimaldada hüvitisi, näiteks tasustatud rasedus- ja sünnituspuhkust või lapsendaja puhkust. Kui mõned erandid välja arvata, ei ole need ja paljud teised selle konkreetse kunstliku viljastamise vormiga seotud küsimused paljudes liikmesriikides veel rahuldavalt reguleeritud.

35. Veelgi keerukamaks muutub olukord piiriülese asendusemaduse korral: piiriülesus tekitab palju tõsisemaid küsimusi, mis on eelkõige seotud perekonnaga ja nimetatud viisil sündinud laste sisserändaja staatusega. On ilmne, et asendusemaduse äriiline olemus tekitab enamikus liikmesriikides probleeme.<sup>15</sup>

12 — Asendusemadusest ja sellega seotud õigusküsimustest ülevaate saamiseks vt nt Trimmings, K. ja Beaumont, P., „General Report on Surrogacy”, teoses Trimmings, K. ja Beaumont, P. (toim), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, lk 439–549.

13 — „Asendusemaduse kasutajad” on paarid, kes kasutavad lapse saamiseks asendusemadust. Mõnedel juhtudel kasutatakse ka mõistet „intended parents” (tulevased vanemad).

14 — See on eriti problemaatiline seoses asendusemadust kasutava naise õigustega, nagu näitab hiljutine High Court of Ireland'i otsus. Vt kohtuotsus *M.R & Anor vs. An tArd Chlaraitheoir & Ors* (2013) IEHC 91, mille peale esitati apellatsioonkaebus Supreme Court'ile. Õigupoolest näib, et mitmes liikmesriigis käsitatakse naist, kes lapse sünnitab, *mater semper certa est* põhimõtte kohaselt seadusliku emana, olenemata sellest, et laps ei pruugi olla tema bioloogiline laps. Bioloogilise isa seisund võib siiski olla vähem keerukas, sest enamikus riikides saab isadust vaidlustada. Eri riikides valitud õiguslike lahenduste kohta vt Monéger, F. (toim), *Surrogate motherhood: XVIIIth Congress, Washington, D.C. 25–30 July 2010*, Société de législation comparée, Paris, 2011.

15 — Vt rahvusvahelise ärilise asendusemaduse kohta Brugger, K., „International law in the gestational surrogacy debate”, *Fordham International Law Journal*, 3(35) 2012, lk 665–697. Jõulist keelt kasutades viitab ta sellele nähtusele muu hulgas kui „ülemaailmsele emakakaubandusele” ja „asendusemadustööstusele”.

36. Riikides, kus asendusemadust käsitlevad õigusaktid on paindlikud, nagu Ukrainas või Ameerika Ühendriikides California osariigis, käsitatakse asendusemaduse kasutajaid lapse seaduslike vanematena. Seevastu EL-i liikmesriikide siseriiklik õigus kaitseb tavaliselt peamiselt naist, kes sünnitab (ja tema abikaasat või elukaaslast). On ütlematagi selge, et sellistel juhtudel võib kollisiooninormide, eriti aga avaliku poliitikaga seotud kaalutluste range kohaldamine asendusemaduse kasutajate ja asendusemaduse abil sündinud laste seisundi määramisel tekitada kahetsusväärse õigusliku ebaselguse, mis võib jätta lapsed vanemate ja õigusliku seisundita.<sup>16</sup>

37. Käesolev kohtuasi – nagu iga asendusemadust puudutav kohtuasi praegusel õigusmaastikul – käsitleb seetõttu kahtlemata olulisi kunstliku viljastamise ühiskondlikult ja kultuuriliselt vastuvõetavate vormide piiritlemisega seotud küsimusi. Seega võib olla raske eraldada eespool osutatud õigusküsimusi asendusemadusega seotud poliitilistest, eetilistest ja kultuurilistest kaalutlustest.

38. Sellegipoolest tuleb rõhutada, et Euroopa Kohus peab käesolevas kohtuasjas otsustama ainult seda, kas naisel, kes on saanud oma bioloogilise lapse asendusemaduse abil, on *EL-i õiguse kohaselt* õigus rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärsele tasustatud puhkusele. Kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole kindel kõnealuste teise õiguse sätete kehtivuses, on eelotsusetaotlus minu arvates eelkõige tõlgendamistaotlus, mis puudutab asjakohaste EL-i teise õiguse sätete õiget tõlgendamist.

39. Sisuliselt palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitada kahte küsimust. Esiteks: kas direktiivi 2006/54 kohaselt on see sooline diskrimineerimine, kui asendusemaduse abil lapse saanud emal ei võimaldata saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust? Teiseks: kas sellise puhkuse andmisest keeldumine on direktiivi 2000/78 kohaselt puude alusel diskrimineerimine, kui asendusemadust kasutav naine põeb haigust, mis ei võimalda tal sünnitada?

40. Selleks et neile küsimustele saaks vastata jaatavalt, peaksid kõnealused direktiivid tingimata olema põhikohtuasja asjaoludel kohaldatavad. Seetõttu on käesoleva vaidluse lahendamise seisukohast kõige tähtsam teha kindlaks nende õigusaktide kohaldamisala.

41. Allpool täpsemalt selgitatud põhjustel olen ma seisukohal, et Z-i olukorras naisele ei anna õigust tasustatud puhkusele ei direktiiv 2006/54 ega ka direktiiv 2000/78. Kõigepealt käsitlen ma direktiivi 2006/54 (ja direktiivi 92/85, mis reguleerib nimelt rasedus- ja sünnituspuhkuse valdkonda EL-i õiguses). Seejärel võtan vaatluse alla direktiivi 2000/78.

## B. Sooline diskrimineerimine

### 1. Direktiivi 92/85 eesmärk seoses rasedus- ja sünnituspuhkusega

42. Esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärse tasustatud puhkuse andmisest keeldumine on põhikohtuasja asjaoludel direktiivi 2006/54 kohaselt keelatud diskrimineerimine. Kuigi eelotsusetaotluses ei ole direktiivile 92/85 sõnaselgelt viidatud, pean ma vajalikuks alustuseks täpsustada EL-i õiguses rasedus- ja sünnituspuhkusega seoses ette nähtud kaitse ulatust. Seda seetõttu, et käesolevas asjas tekib küsimus, kas naisele, kes saab oma bioloogilise lapse asendusemaduse abil, peaks laienema direktiiviga 92/85 ette nähtud kaitsega võrreldav kaitse, nagu naisele, kes sünnitab lapse.

16 — Vt nt eespool viidatud Trimmings, K. ja Beaumont, P., lk 503–528. Vt ka Gamble, N., „International surrogacy law conference in Las Vegas 2011”, *Family Law*, veebruar 2012, lk 198–201, eriti toodud näited.

43. EL-i õiguses reguleerib rasedus- ja sünnituspuhkuse saamise õigust ainult direktiiv 92/85.

44. Nagu Z ise tunnistab, ei ole ta olnud rase ega sünnitanud direktiivi 92/85 tähenduses. On selge, et selle EMÜ asutamislepingu artikli 118a (nüüd ETL artikkel 153) alusel vastu võetud direktiiviga ette nähtud kaitse eesmärk on parandada rasedate töötajate tööohutust ja -tervishoidu.<sup>17</sup> Lihtsamalt öeldes on selle eesmärk kaitsta nende füüsilist ja vaimset seisundit. See nähtub direktiivi põhjendusest 8, mille kohaselt on rasedad, hiljuti sünnitanud ja rinnaga toitvad töötajad omaette riskigrupp ning tuleb võtta meetmed nende ohutuse ja tervise suhtes.<sup>18</sup>

45. Peale selle selgub direktiivi 92/85 põhjendusest 14, mis rõhutab sünnitanud töötajate vastuvõtlikkust, koostoimes selle direktiivi artikliga 8, mis käsitleb rasedus- ja sünnituspuhkust, et direktiivis sätestatud tervise- ja ohutuskaitse on ette nähtud lapse sünnitanud naistele. Rasedus- ja sünnituspuhkuse saamise õigus on määratletud kui „vähemalt 14 nädala pikkune [ajavahemik] enne ja/või pärast *sünnitust*” (kohtujuristi kursiiv). Seega on artikli 8 eesmärk kaitsta naist ajal nii enne kui ka pärast sünnitust, mil ta on eriti vastuvõtlik. Seda rasedus- ja sünnituspuhkuse aspekti on rõhutanud ka Euroopa Kohus, märkides, et erinevalt vanemapuhkusest on rasedus- ja sünnituspuhkus ette nähtud naise bioloogilise seisundi ning ema ja lapse erilise suhte kaitsmiseks rasedusele ja sünnitusele järgneval perioodil.<sup>19</sup>

46. Direktiivi 92/85 üldisem eesmärk on aidata naistöötajatel muu hulgas rasedus- ja sünnituspuhkuse abil taastuda rasedusega kaasnevatest füüsilistest ja vaimsetest raskustest ja sünnituse järelmõjudest ning hõlbustada pärast puhkuse lõppu tööturule naasmist. Seega aitab direktiiv toetada soolist võrdsust.

47. Nagu eespool mainitud, peab Euroopa Kohus direktiivis 92/85 sätestatud rasedus- ja sünnituspuhkuse eesmärgi tõlgendamisel oluliseks ka pärast sünnitust ema ja lapse vahel tekkivat erilist suhet. Ma arvan siiski, et seda eesmärki tuleb kindlasti tõlgendada konteksti arvestades, st et see on sünnitamise (ja rinnaga toitmise) loogiline tagajärg. Kui aga sellele eesmärgile anda iseseisev tähendus, ei oleks direktiivi 92/85 artikliga 8 ette nähtud kaitse ulatust minu arvates võimalik põhjendatult piirata ainult sünnitanud naistega, vaid see peaks hõlmama ka lapsendavaid naisi või õigupoolest iga vanemat, kes oma vastsündinud lapse eest täielikult hoolitseb.

48. Just seetõttu, et selle selgelt sätestatud eesmärk on kaitsta vastuvõtlikus seisundis töötajate tervist ja ohutust, ei saa ma tõlgendada direktiivi 92/85 nii, et see kaitseb oma bioloogilise lapse asendusemaduse abil saanud naise õigust rasedus- ja sünnituspuhkusega samaväärsele tasustatud puhkusele. Kuigi Z on asendusemaduse abil sündinud lapse bioloogiline ema, ei ole ma kindel selles, et ainuüksi seda asjaolu saab tõlgendada nii, et see võimaldab laiendada direktiivi 92/85 kohaldamisala, et kaitsta emadust või vanemaks olemist üldiselt, eirates direktiivi sõnastust ja selgelt sätestatud eesmärke.

49. Sooviksin siiski lisada, et kuna direktiiviga 92/85 tagatud kaitse tase on ainult heakskiidetud miinimum, võivad liikmesriigid loomulikult ette näha ulatuslikuma kaitse nii bioloogilistele emadele kui ka asendusemadele ja lapsendavatele naistele (ja meestele). Mulle tundub, et liikmesriikidel on märkimisväärne vabadus pakkuda lisaks direktiivi 92/85 artikli 2 punktiga b hõlmatud puhkusele sellise tasustatud puhkuse saamise õigust, mis laieneks – kui seda peetakse asjakohaseks – isegi töötajatele, kes ei ole last sünnitanud.

50. Põhikohtuasjas kõne all olevad siseriiklikud õigusaktid siiski ei laienda rasedus- ja sünnituspuhkuse saamise õigust asendusemadust kasutavatele naistele ja seda ei saa pidada direktiiviga 92/85 vastuolus olevaks. Seda lihtsalt seetõttu, et Z ei kuulu direktiivi 92/85 isikulisse kohaldamisalasse.

17 — Vt eelkõige 26. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas C-506/06: Mayr (EKL 2008, lk I-1017, punkt 31).

18 — Vt ka kohtujurist Ruiz-Jarabo Cólomeri 27. novembri 2007. aasta ettepanek kohtuasjas Mayr, ettepaneku punktid 41 ja 42.

19 — 20. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-116/06: Kiiski (EKL 2007, lk I-7643, punkt 46 ja seal viidatud kohtupraktika).



51. Pean sellega seoses rõhutama, et direktiivi 92/85 kohaldamisala laiendamine – ja sellest tulenevalt õiguse saada tööst tasustatud puhkust laiendamine naistöötajale, kelle bioloogilise lapse sünnitab asendusema – tekitaks vastuolulise olukorra, kus direktiiv 92/85 laiendaks tasustatud puhkuse saamise õiguse asendusemadust kasutavale naistöötajale, kuid samas ei laiendaks seda lapsendavale naistöötajale – või ka meestöötajale –, olgu ta siis selleks saanud asendusemaduse abil või muul viisil. Praegu ei kohusta EL-i õigus liikmesriike tasustatud lapsendaja ja/või vanemapuhkust võimaldama.

52. Nagu nähtub direktiivi 92/85 artiklist 1 koostoimes põhjendusega 8, hõlmab kõnealune direktiiv ainult üht konkreetset töötajate kategooriat, keda EL-i seadusandja on pidanud erikaitset vajavaks. Sellega seoses ma ei usu, et asendusemadust kasutavat naist saab võrrelda naisega, kes pärast raseduse füüsiliste ja vaimsete raskuste talumist sünnitab lapse.

53. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab siiski, et see ei välista iseenesest direktiivi 2006/54 kohast kaitset. Seda kinnitab Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas Mayr,<sup>20</sup> mis puudutab raseduse mõiste ajalist aspekti kehavälise viljastamise korral.

2. Kas Z-i olukord kuulub direktiivi 2006/54 kohaldamisalasse?

54. Direktiivi 2006/54 saab kohaldada, kui tuvastatakse, et erinev kohtlemine, mille üle kaevatakse, on soopõhine. Selleks et põhjendada, miks see minu arvates käesoleval juhul nii ei ole, selgitan ma kõigepealt, miks tuleks käesolevat asja eristada kohtuasjast Mayr. Seejärel käsitlen ma õige võrdlusisiku kindlakstegemise küsimust.

55. Sissejuhatuseks märgiksin, et Euroopa Kohtu ulatuslikus praktikas tehakse vahet ühelt poolt direktiivi 2006/54 artikli 2 lõike 2 punkti c kohasel raseduse ja emaduse alusel diskrimineerimisel ning teiselt poolt selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti a või punkti b kohastel muudel keelatud soolise diskrimineerimise vormidel.<sup>21</sup> Sarnaste juhtumite sarnase käsitlemise ja – vastupidi – erinevate juhtumite erineva käsitlemise põhimõtte kohaselt ollakse seisukohal, et samal ajal kui raseduse või emaduse alusel diskrimineerimise tuvastamine ei eelda võrdlusisiku olemasolu, sest rasedus ja emadus on (soo-)spetsiifilised seisundid,<sup>22</sup> siis teised soolise diskrimineerimise liigid eeldavad.

56. Tuletan konkreetsemalt seoses kohtuotsusega Mayr meelde, et Euroopa Kohus järeldas, et kehavälise viljastamise protsessi läbiv töötaja ei saa töölt vabastamise korral tugineda direktiiviga 92/85 ette nähtud kaitsele, kui viljastatud munarakud ei ole veel tema emakasse siirdatud.<sup>23</sup> Euroopa Kohus analüüsis seejärel siiski, kas selline töötaja, kes ei ole rase direktiivi 92/85 tähenduses, võib olenemata sellest tugineda soolise diskrimineerimise vastasele kaitsele, mis on sätestatud direktiivis 76/207/EMÜ,<sup>24</sup> mis on nüüd asendatud direktiiviga 2006/54.<sup>25</sup>

20 — Kohtuotsus Mayr, punkt 44.

21 — Vt mh 13. veebruari 1996. aasta otsus kohtuasjas C-342/93: Gillespie jt (EKL 1996, lk I-475, punkt 17); 27. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-411/96: Boyle jt (EKL 1998, lk I-6401, punkt 40); 30. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas C-147/02: Alabaster (EKL 2004, lk I-3101, punkt 46); 8. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-191/03: McKenna (EKL 2005, lk I-7631, punkt 50) ja 1. juuli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-471/08: Parviainen (EKL 2010, lk I-6533, punkt 40). Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, et direktiivi 92/85 alusel rasedus- ja sünnituspuhkust võtavad naised on erilises olukorras, mille tõttu nad vajavad erikaitset, kuid mis ei ole võrreldav tegelikult tööl või haiguspuhkusel oleva mehe või naise olukorraga. Vt ka kohtujurist Kokott'i 21. veebruari 2013. aasta ettepanek Euroopa Kohtus pooleliolevates liidetud kohtuasjades C-512/11 ja C-513/11: Terveys- ja sotsiaialianalane neuvottelujärjestö TSN, punktid 47 ja 48.

22 — Vt ka direktiivi 2006/54 põhjendused 23 ja 24.

23 — Kohtuotsus Mayr, punkt 53.

24 — Nõukogu 9. veebruari 1976. aasta direktiiv 76/207/EMÜ meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning tööttingimustega (EÜT 1976, L 39, lk 40; eriväljaanne 05/01, lk 187).

25 — Kohtuotsus Mayr, punkt 54.

57. Euroopa Kohtu arvates on naistöötaja töölt vabastamine põhjusel, et ta läbib raviprotseduuri,<sup>26</sup> mis on oluline etapp kehavälise viljastamise protsessis ja mõjutab otseselt ainult naisi, otsene sooline diskrimineerimine.<sup>27</sup> See arutluskäik ulatub tagasi kohtuotsuseni Dekker,<sup>28</sup> milles Euroopa Kohus sedastas, et raseduse tõttu saab ebasoodsamalt kohelda ainult naisi. Seda kohtupraktikat laiendades tegi Euroopa Kohus kohtuotsuses Mayr vahet soospetsiifilisel (rasedusega seotud) ravil ja soospetsiifilisel (rasedusega seotud, kuid pärast rasedus- ja sünnituspuhkuse lõppu ilmnenud) haigusel.<sup>29</sup>

58. Kohtuotsuses Mayr kohaldatud lähenemisviis näib olevat tihedalt seotud kehavälise viljastamise eesmärgiga, milleks on asjaomase naise rasestamine meditsiinilise sekkumise teel. Viide direktiivi 76/207 artikli 2 lõike 3<sup>30</sup> eesmärgile kaitsta naisi ja eeskätt rasedaid töötajaid näib kinnitavat, et selles kohtuasjas tulenes keelatud diskrimineerimine tihedast sidemest ühelt poolt kõnealuse ainult naiste puhul võimaliku raviprotseduuri (soo)spetsiifiliste omaduste ja teiselt poolt EL-i õiguses erikaitse alla kuuluva raseduse vahel.<sup>31</sup>

59. Arvestades seda, et ebasoodsam kohtlemine, mille üle Z kaebab, ei ole seotud sellega, et ta oleks läbitud kehavälise viljastamise protseduuri tulemusel rase või rasedaks jäämas, vaid lapsele emaks olemisega, pean ma vajalikuks teha kindlaks meessoost võrdlusisik.

60. Lisaks soovin ma rõhutada, et erinevalt kohtuasjast Mayr ei käsitle põhikohtuasi töölt vabastamist. See puudutab õigust teatavat liiki tasule ja on seega konkreetsemalt seotud direktiivi 2006/54 artikliga 4 (kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab ka artiklile 14), mis keelab igasuguse soolise diskrimineerimise „töö tasustamise kõigis aspektides ja tingimustes”.

61. Sellega seoses on mul raske uskuda, et Z-i oleks diskrimineeritud *soo alusel*.

62. Käesolevas asjas ei põhine erinev kohtlemine, mille üle Z kaebab, mitte sool, vaid sellel, et siseriiklikud ametiasutused keelduvad võrdsustamast asendusemadust kasutava naise olukorda sünnitanud naise või lapsendava naise omaga. Sellest järeldub, et direktiiv 2006/54 ei ole kohaldatav ebasoodsamale kohtlemisele, mille üle Z kaebab.

63. Tegelikult koheldaks asendusemaduse abil (või muul viisil) sündinud lapse isa võrreldavas olukorras täpselt samamoodi kui Z-i: tuleb eeldada, et nii nagu asendusemadust kasutaval naisel, ei oleks ka temal õigust saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust. Minu arvates oleks direktiivi 2000/56 selline tõlgendamine nii, et sellega on vastuolus asendusemadust kasutavale naisele tasustatud puhkuse andmisest keeldumine, ise võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus. Sellisel tõlgendamisel oleks vastupidine, lapsevanemaks saavaid ja lapse eest täielikult hoolitsevaid mehi diskrimineeriv mõju. Ma leian, et sooline vahetegemine, mis ei ole seotud lapse kandmise ja sünnitamisega kaasnevate füüsiliste ja vaimsete raskustega, kannaks lisaks väärtushinnangut, et emadus on üldiselt vanemaks olemisest kvalitatiivselt erinev.

26 — Nimelt munasarja punktsiooni ja selle käigus saadud munarakkude siirdamist naise emakasse viivitamata pärast nende viljastamist.

27 — Kohtuotsus Mayr, punkt 50.

28 — 8. novembri 1990. aasta otsus kohtuasjas C-177/88 (EKL 1990, lk I-3941, punkt 12). Euroopa Kohtu arvates kujutab otsus jätta naine raseduse tõttu ametisse määramata endast ebaseaduslikku diskrimineerimist, sest raseduse tõttu saab tööle võtmata jätta ainult naisi.

29 — Vt eelkõige kohtuotsus McKenna, punktid 45–54 ja seal viidatud kohtupraktika. Tegelikult on rasedad töötajad raseduse eriseisundi tõttu töölt vabastamise eest kaitstud kogu raseduse ajal kuni rasedus- ja sünnituspuhkuse lõpuni. Jääb siiski küsimus, kas pärast rasedus- ja sünnituspuhkuse lõppu koheldakse naistöötajat haigusest tingitud puudumiste korral samamoodi nagu meestöötajat. Kui jah, siis ei esine mingit soolist diskrimineerimist.

30 — Sel ajal kehtinud artikli 2 lõike 3 sätestas, et „direktiiv ei piira naiste kaitset käsitlevate sätete kohaldamist, eriti seoses raseduse ja sünnitusega”.

31 — Kohtuotsus Mayr, punkt 51.

64. Ma kaldun selles küsimuses arvama, et asendusemaduse abil emaks saava naise puhul on sobivaks võrdlusisikuks – nagu möönab ka Z – lapsendav naine (või mees, olenemata soost), kes *ei ole* last sünnitanud. Nii nagu lapsendav naine on ka tema saanud emaks raseduse ja sünnitusega kaasneva füüsilise ja vaimse mõjuta – kuigi ma ei soovi mingil moel alahinnata asendusemadusega (või lapsendamisega) kaasnevaid raskusi.

65. EL-i õiguses ei ole lapsendamisega seotud sätteid, mis kohustaksid liikmesriike võimaldama lapsendajatele tasustatud puhkust. Direktiivi 2006/54 artiklis 16 on ette nähtud üksnes kaitse lapsendaja puhkust või vanemapuhkust kasutavate meeste või naiste diskrimineerimise vastu liikmesriikides, kus tunnustatakse õigust sellisele puhkusele. Nagu nähtub direktiivi 2006/54 artiklist 16 koostoimes selle direktiivi põhjendusega 27, saab diskrimineerimine selle direktiivi tähenduses toimuda ainult seoses siseriiklikus õiguses tunnustatud õiguse teostamisega. Samamoodi jätab direktiiv liikmesriikidele vabaduse kehtestada nende puhkuseleidega seoses kord, mida nad peavad vajalikuks.<sup>32</sup> Põhikohtuasjas ei koheldud Z-i lapsendaja puhkuse võtmise tõttu ebasoodsamalt.

66. Mulle tundub siiski, et lapsendavate emade ebasoodsat kohtlemist ei saa välistada.

67. Sellega seoses peaks eelotsusetaotluse esitanud kohus, kui siseriiklikus õiguses on sätestatud tasustatud lapsendaja puhkus – või muud liiki puhkus, mis ei sõltu sellest, kas asjaomane isik on olnud rase – siseriikliku õiguse alusel hindama, kas lapsendajate ja asendusemaduse kasutajate suhtes (keda tunnustatakse lapse seaduslike vanematena) erineva korra kohaldamine on diskrimineerimine.<sup>33</sup>

68. Kokkuvõttes leian, et kuna erinev kohtlemine, mille üle Z kaebab, ei ole sooline diskrimineerimine, ei saa direktiivi 2006/54 tõlgendada nii, et sellega on vastuolus siseriiklikud õigusnormid, mis ei võimalda naisel, kes on asendusemaduse abil sündinud lapse bioloogiline ema, saada tööst rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust.<sup>34</sup>

### 3. Esmase õiguse mõju

69. Juhul kui esimesele küsimusele vastatakse eitavalt, tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus veel teada, kas direktiiv 2006/54 on kooskõlas ELL artikli 3 lõikega 3, ELTL artiklitega 8 ja 157 ning Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta”) artiklitega 21, 23, 33 ja 34.

70. Esiteks on selge, et koos võrdse kohtlemise üldpõhimõttega võivad eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud sätted olla EL-i teisese õiguse hindamise aluseks.<sup>35</sup> Sooviksin siiski juhtida tähelepanu sellele, et ELL artikkel 3 (mis sätestab Euroopa Liidu üldeesmärgid), eriti selle lõige 3, ja ELTL artiklid 8 ja 157 käsitlevad oma vastavates osades meeste ja naiste võrdset kohtlemist. Võttes arvesse eeltoodud

32 — Sellega seoses piirab liikmesriikide kaalutusõigust nõukogu 8. märtsi 2010. aasta direktiiv 2010/18/EL, millega rakendatakse Euroopa Tööstuse ja Töoandjate Keskkliitide Ühenduse, Euroopa Käsitööga Tegelevate Väikeste ja Keskmise Suurusega Ettevõtete Keskkliidu, Euroopa Riigiosalusega Ettevõtete Keskuse ja Euroopa Ametiühingute Konföderatsiooni poolt vanemapuhkuse kohta sõlmitud muudetud raamkokkulepet ja tunnustatakse kehtetuks direktiiv 96/34/EÜ (ELT 2010, L 68, lk 13). Raamlepingu klausli 2 lõige 1 sätestab, et „kokkulepe tagab mees- ja naistöötajatele individuaalse õiguse saada vanemapuhkust lapse sünni või lapsendamisega korral, et võimaldada neil hoolitseda lapse eest kuni lapse teatud vanuseni, kuid mitte rohkem kui 8-aastaseks saamiseni; nimetatud vanuse määravad kindlaks liikmesriigid ja/või sotsiaalpartnerid”.

33 — Hiljuti on Euroopa Kohus ka leidnud, et võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamine, nii nagu see on sätestatud EL-i õiguses, ei hõlma bioloogiliste isade erinevat kohtlemist võrreldes lapsendavate isadega, kui see toimub EL-i õiguse kohaldamisalasse mittekuuluva siseriikliku õiguse raames. Vt 19. septembri 2013. aasta otsus kohtuasjas C-5/12: Betriu Montull (punktid 71–73).

34 — Direktiiv 2006/54 võib sellegipoolest teatud konkreetsetel asjaoludel kohaldatav olla. See oleks nii, kui naist, kes on saanud asendusemaduse abil emaks ja kellele võimaldatakse siseriikliku õiguse alusel tasustatud puhkust, diskrimineeritakse selle õiguse kasutamise pärast või kui selline naine vabastatakse töölt peamiselt sellepärast, et ta on saanud emaks või võtnud sellise puhkuse. Sellist kohtlemist põhikohtuasjas siiski ei käsitleta.

35 — Üldise tõlgendamispõhimõtte kohaselt tuleb EL-i meedet tõlgendada võimalust mööda viisil, mis ei sea selle kehtivust kahtluse alla ja on kooskõlas esmase õigusega tervikuna. Vt mh 16. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-149/10: Chatzi (EKL 2010, lk I-8489, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

järeldust, mille kohaselt ei kuulu asendusemadust kasutavate naiste õigus saada rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust direktiivide 92/85 ja 2006/54 kohaldamisalasse, ei teki minu arvates küsimust, kas viimane neist on kooskõlas eespool nimetatud aluslepingute sätetega.

71. Teiseks tuleb seoses eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt mainitud harta sätetega (artiklid 21, 22, 33 ja 34) meenutada, et harta artikli 51 lõike 1 kohaselt on selle sätted ette nähtud liikmesriikidele üksnes EL-i õiguse kohaldamise korral. Teisisõnu tuleb harta kohaldamiseks tuvastada piisavalt tihe seos EL-i õigusega. See tähendab, et harta sättele tuginemisest ei piisa selleks, et muuta midu siseriikliku õiguse kohaldamisalasse kuuluv olukord EL-i õigusega hõlmatud olukorraks.<sup>36</sup> See on nii, kuna hartat saab kohaldada ainult juhul, kui asi puudutab lisaks harta sättele ka muud EL-i õigusnormi, mis on asjaga otseselt seotud.<sup>37</sup> Nagu ma olen püüdnud eespool selgitada, ei paista käesolevas asjas sellist seost olevat.

72. Sooviksin veel lisada, et harta artikli 51 lõikes 2 – ja ELTL artikli 6 lõikes 3 – sätestatud põhimõtte kohaselt ei laienda harta EL-i õiguse kohaldamisala kaugemale Euroopa Liidule antud pädevusest. Samuti ei lisa see „[Euroopa Liidule] uusi pädevusvaldkondi ja ülesandeid ega muuda aluslepingutes määratletud pädevust ja ülesandeid”.

73. Kuigi hartat (ja esmast õigust tervikuna) tuleb EL-i teise õiguse tõlgendamisel kahtlemata arvesse võtta,<sup>38</sup> ei mõista ma, kuidas eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt viidatud harta sätteid saaks kasutada direktiivi 2006/54 esemelise kohaldamisala laiendamiseks. Nagu eespool selgitatud, on kõne all olev diskrimineerimise tõttu esitatud kaebus seotud asjaoluga, et Z-i ei koheldud samamoodi nagu sünnitanud naist (või lapsendavat naist) olukorras, mis ei ole selle direktiiviga hõlmatud. Konkreetset õigusakti, mis kajastab seadusandja põhimõttelist valikut suurendada soolist võrdsust – kooskõlas harta artiklitega 21 ja 23 – ei saa pelgalt põhiõigustele tuginedes tõlgendada nii, et see hõlmab teisi (võimalikke) diskrimineerimise vorme.<sup>39</sup> Selline valik ei saa mõjutada ka direktiivi 2006/54 kehtivust.

74. On tõsi, et kui konkreetne olukord (või isikute kategooria) kuulub EL-i õigusakti kohaldamisalasse, võib Euroopa Kohus püüda siluda esmase ja teise õiguse vastuolusid „väga teleoloogilise”<sup>40</sup> tõlgendamise abil. Nii oli see kohtuasjas *Sturgeon*,<sup>41</sup> milles määruse (EÜ) nr 261/2004<sup>42</sup> asjakohaseid sätteid tõlgendati võrdse kohtlemise üldpõhimõtet arvestades, et laiendada selles määruses sätestatud kaitset reisijatele, kelle lend hilineb.<sup>43</sup> Selline tõlgendamine eeldab siiski, et erinev kohtlemine, mille üle kaevatakse, kuulub kõne all oleva õigusakti kohaldamisalasse.<sup>44</sup> Käesolevas asjas ei ole see nii.

36 — Hiljutiste kohtuasjade kohta, milles Euroopa Kohus välistas põhistatud määrusega oma pädevuse, kuna sellist seost ei suudetud tuvastada, vt mh 12. juuli 2013. aasta määrus kohtuasjas C-466/11: *Currà jt*; 8. novembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-40/11: *Iida ja 7. märtsi 2013. aasta määrus kohtuasjas C-128/12: Sindicato dos Bancários do Norte jt*. Vt ka 8. novembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-40/11: *Iida* (punktid 78–81).

37 — Hiljuti tuvastati piisavalt tihe seos EL-i õigusega mh 26. veebruari 2013. aasta otsuses kohtuasjas C-617/10: *Åkerberg Fransson* (vt eelkõige punkt 27) ja 21. detsembri 2011. aasta otsuses liidetud kohtuasjades C-411/10 ja C-493/10: *N.S.* (EKL 2011, lk I-13905, punkt 68). Vastupidine järeldus on kohtuotsuses *Betriu Montull*, punkt 72.

38 — 5. oktoobri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-400/10 PPU: *McB* (EKL 2010, lk I-8965, punktid 51 ja 52) ja 15. novembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-256/11: *Dereci jt* (EKL 2011, lk I-11315, punkt 71). Et asi oleks selge – kui EL-i õigusnormi ei saa tõlgendada kooskõlas EL-i põhiõigustega, tuleb see õigusnorm kehtetuks tunnistada. Vt 1. märtsi 2011. aasta otsus kohtuasjas C-236/09: *Association belge des Consommateurs Test-Achats jt* (EKL 2011, lk I-773, punktid 30–34).

39 — Vt samamoodi kohtujurist *Jääskineni* 25. juuni 2013. aasta ettepanek Euroopa Kohtus pooleliolevas kohtuasjas C-131/12: *Google Spain ja Google*, ettepaneku punkt 54.

40 — Kohtujurist *Sharpstoni* 2. juuli 2009. aasta ettepanek liidetud kohtuasjades C-402/07 ja C-432/07: *Sturgeon jt* (EKL 2009, lk I-10923, ettepaneku punkt 91).

41 — *Ibid.*

42 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. veebruari 2004. aasta määrus (EÜ) nr 261/2004, millega kehtestatakse ühiseeskirjad reisijatele lennureisist mahajätmise korral ning lendude tühistamise või pikaajalise hilinemise eest antava hüvitise ja abi kohta ning tunnistatakse kehtetuks määrus (EMÜ) nr 295/91 (ELT 2004, L 46, lk 1; ELT eriväljaanne 07/08, lk 10).

43 — *Sturgeon jt*; vt eelkõige ettepaneku punkt 60.

44 — Vt *mutatis mutandis* 15. juuni 1978. aasta otsus kohtuasjas C-149/77: *Defrenne* (EKL 1978, lk 1365, punkt 24).

75. Nagu ma eespool selgitasin, ei saa olemasolevaid õigusnorme tõlgendada nii, nagu need kohustaksid võimaldama tasustatud puhkust sellisele naisele nagu Z, kes sai lapse asendusemaduse abil. EL-i õigus sisaldab sõnaselgeid sätteid lapse sünnitanud naise tasustatud rasedus- ja sünnituspuhkuse kohta. Teiste puhkuseliikide (eelkõige lapsendaja puhkuse ja vanemapuhkuse) puhul on liikmesriikidele jäetud suur kaalutusõigus kehtestada neile sobiv kord.

76. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes olen seisukohal, et esimesele ja teisele küsimusele tuleks vastata nii, et direktiivi 2006/54 ei saa kohaldada sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas, kui naisele, kellele bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil, ei võimaldata rasedus- ja sünnituspuhkuse ja/või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust. See järeldus ei sea kahtluse alla kõnealuse direktiivi kehtivust.

### C. Diskrimineerimine puude alusel

#### 1. Direktiiviga 2000/78 ette nähtud kaitse

77. Kolmas, neljas, viies ja kuues küsimus puudutavad puude teemat. Eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole nimelt kindel, kas keeldumine anda tööst rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust kujutab endast direktiivi 2000/78 kohast puude alusel diskrimineerimist (eeskätt kolmas küsimus). Seda seetõttu, et asjaomane ema põeb haigust, mis takistab tal rasedust kandmast.

78. Neil asjaoludel soovib Equality Tribunal teada, millist tähtsust tuleb direktiivi 2000/78 tõlgendamisel omistada ÜRO konventsioonile ja peale selle, kas see konventsioon võib mõjutada kõnealuse direktiivi kehtivust (viies ja kuues küsimus). Neljas küsimus tõstatab lisaks kehtivuse küsimuse seoses teatavate EL-i esmase õiguse sätetega.

79. Kõigepealt tahaksin ma märkida, et Euroopa Kohus on viiendale küsimusele juba osaliselt vastanud oma hiljutises kohtuotsuses Ring.<sup>45</sup> Selles kohtuasjas kinnitas Euroopa Kohus, et direktiivi 2000/78 tuleb võimaluse korral tõlgendada kooskõlas ÜRO konventsiooniga.<sup>46</sup> ELTL artikli 216 lõike 2 kohaselt on Euroopa Liidu sõlmitud rahvusvahelised lepingud selle institutsioonidele siduvad. Järelikult peavad need olema ülimuslikud EL-i õigusaktide ees.<sup>47</sup>

80. Kuna direktiiv 2000/78 on üks neist EL-i õigusaktidest, mis viitavad selles konventsioonis käsitletud küsimustele<sup>48</sup> – asjaolu, milles kõik seisukohti esitanud menetlusosalised on üksmeelel – on selge, et ÜRO konventsiooni tuleb direktiivi 2000/78 tõlgendamisel arvesse võtta.

81. Seoses teise viiendas ja kuuendas küsimuses tõstatatud teemaga, nimelt võimalusega vaidlustada direktiivi 2000/78 kooskõla ÜRO konventsiooniga, on kohtupraktikas tunnustatud, et Euroopa Kohus saab EL-i teisese õiguse aktide kehtivust rahvusvahelise lepingu alusel hinnata ainult juhul, kui selle lepingu „laad ja ülesehitus” seda ei välista ning kui rahvusvahelise lepingu sätted on sisu poolest tingimusteta ja piisavalt täpsed.<sup>49</sup> Nagu ma allpool üksikasjalikumalt selgitan, ei usu ma, et direktiivi 2000/78 kehtivust saaks vaidlustada ÜRO konventsioonile, täpsemalt eelotsusetaotluse esitanud kohtu nimetatud sätetele tuginedes.

45 — 11. aprilli 2013. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-335/11 ja C-337/11: Ring.

46 — *Ibid.*, punkt 32.

47 — 21. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-366/10: Air Transport Association of America jt (EKL 2011, lk I-13755, punkt 50 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt ka 22. novembri 2012. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-320/11, C-330/11, C-382/11 ja C-383/11: Digitalnet (punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

48 — Vt ka nõukogu otsuse 2010/48 liide.

49 — 12. juuli 2012. aasta otsus kohtuasjas C-59/11: Association Kokopelli (punkt 85 ja seal viidatud kohtupraktika).

82. Selleks et teha kindlaks, kas direktiivi 2000/78 saab Z-i olukorras kohaldada, kirjeldan ma alustuseks lühidalt puude mõiste arengut direktiivi 2000/78 kontekstis. Seejärel käsitlen ma selle direktiivi kohaldamisala.

a) Kas Z-i olukord kuulub direktiivis 2000/78 määratletud puude mõiste alla?

83. Tavaliselt eristatakse (vähemalt) kaht vastandlikku puude mõistet: meditsiinilist (või individuaalset) ja sotsiaalselt puude mõistet.<sup>50</sup>

84. Meditsiinilise mõiste puhul pööratakse erilist tähelepanu üksikisikule ja vaegusele, mis raskendab asjaomasel isikul sotsiaalse keskkonnaga kohaneda või integreeruda. Erinevalt meditsiinilisest mudelist rõhutab olukorda arvestaval lähenemisviisil põhineva puude mõiste sotsiaalne käsitlus vaeguse ja ühiskonna reaktsiooni vastastikust mõju või ühiskonnakorraldust puudega inimeste arvessevõtmiseks. Oluline on see, et see mudel pakub puudest mitmekülgsemat arusaama. Eriti tähtis on, et puue oleneb kontekstist ja sõltub olukorrast: näiteks võib pikaajaline haigus, nagu diabeet või allergia, olenevalt keskkonnast olla puue.

85. ÜRO konventsioon kajastab puude sotsiaalset mudelit. Selles tunnistatakse, et puue on „vaegustega isikute ning suhtumuslike ja keskkondlike takistuste vastasmõju tagajärg, mis takistab nende isikute täielikku ja tõhusat osalemist ühiskonnaelus teistega võrdsetel alustel”.<sup>51</sup> Selle arusaama kohaselt tuleneb puue sotsiaalse keskkonna suutmatusest vaegustega inimeste vajadustega kohaneda ja neid rahuldada.<sup>52</sup> Kuna puude sotsiaalne mudel ületab selle piire, mida tavakeeles puude all mõistetakse (sh nt vaimne puue), pakub ÜRO konventsioon diskrimineerimise vastu väidetavalt tugevamat ja ulatuslikumat kaitset kui kitsas üksikisikukeskne määratlus. See tunnistab, et puue on „samavõrd sotsiaalne konstruktsioon kui meditsiiniline tõsiasi”.<sup>53</sup>

86. Neil asjaoludel sooviksin juhtida tähelepanu sellele, et puude mõiste on Euroopa Kohtu praktikas direktiivi 2000/78 konkreetse kontekstis märkimisväärselt arenenud.

87. Vastavalt Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas Chacón Navas<sup>54</sup> tuleb puude mõistet tõlgendada autonoomselt ja ühetaoliselt, et tagada nii selle ühetaoline kohaldamine kui ka võrdse kohtlemise põhimõtte igakülgne järgimine.<sup>55</sup> Selles kohtuasjas lähtus Euroopa Kohus märkimisväärselt kitsast puude mõistest: ta määratles selle kui füüsilisest, vaimsest või psüühilisest kahjustusest tingitud piirangu, mis takistab asjassepuutuval isikul tööelus osaleda.<sup>56</sup>

88. Kohtuotsus Ring tähistab väidetavalt siiski paradigma muutust Euroopa Kohtu praktikas. Selles kohtuasjas kooskõlastati EL-i puude mõiste sõnaselgelt ÜRO konventsiooni omaga.

50 — Vt nt Oliver, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009 (2<sup>nd</sup> ed.); vt eelkõige lk 44–46.

51 — ÜRO konventsiooni põhjendus e ja artikkel 1.

52 — Vt nt 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, lk 431–453, lk 436.

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

54 — 11. juuli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-13/05: Chacón Navas (EKL 2006, lk I-6467).

55 — *Ibid.*, punktid 40 ja 41.

56 — *Ibid.*, punkt 43.

89. Euroopa Kohus tunnistas ÜRO konventsioonile tuginedes, et puue on „ajas muutuv mõiste”. Direktiivi 2000/78 konkreetses kontekstis tähendab see mõiste „füüsilisest, vaimsest või psüühilisest kahjustusest tingitud piirangut, mis võib koostoimes erinevate takistustega tõkestada asjaomase isiku täielikku ja tõhusat osalemist tööelus teiste töötajatega võrdsetel alustel”.<sup>57</sup> Samal ajal kui puude põhjus (kaasasündinud, õnnetus või haigus) on ebaoluline, peab vaegus olema „pikaajaline”.<sup>58</sup>

90. ÜRO konventsiooni määratluse ja kohtuotsuses Ring kasutatud määratluse vahel näib sellegipoolest olevat märkimisväärne erinevus. Samal ajal kui ÜRO konventsioon viitab üldiselt osalemisele ühiskonnaelus, hõlmab Euroopa Kohtu määratlus ainult *tööelus* osalemist.

91. Minu arvates tuleneb see erinevus direktiivi 2000/78 kohaldamisalast, mis on määratud seadusandja poliitiliste valikutega selles valdkonnas. Lõpptulemusena on see seetõttu lahutamatu seotud küsimusega, mis valdkonnad kuuluvad EL-i pädevusse ja mis mitte. Küsimuse tuum on järelikult järgmine: kas Z-i haigus kahjustab tema väljavaateid tööelus osaleda.

92. Tahaksin sellega seoses rõhutada, et direktiivi 2000/78 eesmärk, nagu sätestab selle artikkel 1, on kehtestada üldine raamistik, et võidelda selles sättes osutatud alustel toimuva diskrimineerimise vastu töö saamisel ja kutsealale pääsemisel. Nende aluste hulka kuulub ka puue. Nagu eespool mainitud, määratleti see mõiste seejärel Euroopa Kohtu praktikas.<sup>59</sup>

93. Ma ei kahtle selles, et selline haigus, mida põeb Z, võib olla „füüsilisest, vaimsest või psüühilisest kahjustusest tingitud” pikaajaline piirang. Arvestades tema soovi saada omale last, on Z-i haigus kindlasti suur probleem. Lähtudes ÜRO konventsioonist tulenevast puude laiemast sotsiaalsest tõlgendusest on arusaadav, et see vaegus võib teataval asjaoludel takistada isiku täielikku ja tõhusat osalemist ühiskonnaelus.

94. Ma ei ole siiski veendunud, et direktiivi 2000/78 saab käesoleva asja konkreetsel asjaoludel kohaldada.

95. Ma ei leia, et Z-i haigus tõkestaks Euroopa Kohtu praktika tähenduses „koostoimes erinevate takistustega [...] asjaomase isiku täielikku ja tõhusat osalemist *tööelus* teiste töötajatega võrdsetel alustel” (kohtujuristi kursiiv). Nagu Euroopa Kohus on märkinud, tuleb mõistet „puue” direktiivi 2000/78 tähenduses käsitada seoses asjaomase isiku võimega töötada ja kutsealal tegutseda.<sup>60</sup> See lähenemine näib olevat kooskõlas direktiivi eesmärgiga, milleks on võidelda diskrimineerimise vastu konkreetselt tööhõive kontekstis ja sellest tulenevalt võimaldada puudega inimesel tööle pääseda ja töös osaleda.

96. Teisisõnu tuleb puude loomupärase kontekstisõltuvuse tõttu hinnata küsimust, mis on direktiivi 2000/78 tähenduses puue, iga juhtumi puhul eraldi, võttes arvesse kõnealuse õigusakti eesmärki. Sellest tulenevalt on küsimus selles, kas asjaomane vaegus takistab – koostoimes konkreetsete füüsiliste, suhtumuslike või organisatsiooniliste takistustega – tööelus osalemist.

57 — Kohtuotsus Ring, punkt 38.

58 — *Ibid.*, punkt 39.

59 — Kohtuotsus Chacón Navas, punkt 41, ja kohtuotsus Ring, punktid 38 ja 39.

60 — Kohtuotsus Ring, punkt 44.

97. Nii ülimalt ebaõiglane kui võimetus tavapärasel viisil last saada last soovivale inimesele ka ei tundu, ei saa ma kehtivat EL-i õigusraamistikku tõlgendada nii, et see hõlmaks olukordi, mis ei ole seotud asjaomase inimese töövõimega.<sup>61</sup> Sellega seoses tuleb rõhutada direktiivis 2000/78 määratletud puude mõiste funktsionaalset olemust. Minu arvates kuulub piirang kõnealuse direktiivi kohaldamisalasse, kui see piirang ja asjaomase isiku töövõime on omavahel seotud. Põhikohtuasja asjaoludel näib see seos puuduvat.<sup>62</sup> Kohtutoimikust ei ilmne, et Z-i haigus oleks takistanud tal tööelus osaleda.

98. Olen seetõttu arvamusel, et ebasoodsamat kohtlemist, mille üle Z kaebab, ei saa käsitada direktiivi 2000/78 artikli 5 kohaldamisalasse kuuluvana.

99. Lisan siiski järgmised märkused „mõistlike abinõude” võtmise nõude kohta direktiivi 2000/78 artikli 5 tähenduses juhuks, kui Euroopa Kohus leiab siiski, et see direktiiv on põhikohtuasja asjaoludel kohaldatav.

b) Mõistlikud abinõud: puudega inimese ja tööandja huvide tasakaalustamine

100. Isegi kui neid argumente arvesse võttes oletada, et diskrimineerimine, mille üle Z kaebab, kuulub direktiivi 2000/78 esemelisse kohaldamisalasse, ei näe ma, kuidas selle direktiivi artiklit 5 saaks tõlgendada nii, et see nõuab tööandjalt Z-i olukorras töötajale *tasustatud* puhkuse võimaldamist. Tegelikult peab tööandja selle sätte kohaselt võtma teatavatel tingimustel asjakohaseid meetmeid, et võimaldada puudega inimesel tööle pääseda, töös osaleda või edeneda.

101. Direktiivi 2000/78 artikli 5 või põhjenduse 20 sõnastus ei anna küll mingit alust välistada kohe võimalus tõlgendada artiklit 5 nii, et see nõuab tasustatud puhkuse võimaldamist, et tagada mõistlike abinõude võtmine.

102. Samal ajal kui artikkel 5 nõuab vaid, et töötajad võtaksid „konkreetsel juhul vajalikke meetmeid”, on põhjenduses 20 toodud mitteammendav loetelu meetmetest, mis võivad olla asjakohased töökoha kohandamiseks puuetega inimeste vajadustega: meetmed võivad olla korralduslikud või mõeldud tööruumide kohandamiseks puudega inimese vajadustega. Samuti on selge, et meetmete vajalikkust ja asjakohasust tuleb hinnata iga juhtumi puhul eraldi.<sup>63</sup> Lisaks tuleb direktiivi 2000/78 artiklit 5 tõlgendada laialt, kuna selle sätte eesmärk on võimaldada puuetega inimestel tööle asuda ja töötamist jätkata.<sup>64</sup>

103. Sellest tulenevalt võivad direktiivi 2000/78 artiklis 5 sätestatud – ja ÜRO konventsiooni artiklit 2 arvestades tõlgendatud – mõistlikud abinõud (tööruumide kohandamine või korralduslikud meetmed) tööandjale kulusid kaasa tuua. Tahaksin siiski rõhutada, et artikkel 5 sätestab ka, et sellised abinõud ei tohi põhjustada tööandjale ebaproportsionaalselt suurt koormust. Direktiivi 2000/78 põhjenduse 21 kohaselt tuleb eelkõige arvesse võtta „rahalisi ja muid kulusid [ning] ettevõtte suurust ja rahalisi vahendeid”.

104. Ma pean sellega seoses täiesti arusaadavaks, et teatavatel asjaoludel võib (tasustamata) puhkuse andmine olla asjakohane, et asjaomane puudega töötaja võiks jätkata töötamist ja tööelus osalemist kooskõlas direktiivi 2000/78 eesmärkidega. Mul on siiski raske mõista, et direktiivi 2000/78 artiklist 5 saaks järeldada, et tööandja on kohustatud võimaldama *tasustatud* puhkust.

61 — Ei saa siiski välistada võimalust, et mu järeldus oleks teistsugune, kui Z oleks näiteks töölt vabastatud tema haigusega seotud põhjustel või kui ta oleks ainuüksi oma piirangu tõttu tööle võtmata jäetud.

62 — Sellise seose kohta juhulubade kontekstis vt kohtujurist Bot' 18. juuli 2013. aasta ettepanek Euroopa Kohtus poolleiolevas kohtuasjas C-356/12: Glatzel, ettepaneku punkt 31.

63 — Vt ka ÜRO konventsiooni artikkel 2, mille kohaselt on „põhjendatud ümberkorraldused” „vajalikud ja asjakohased teisedused ja kohandused, mis ei ole ebaproportsionaalselt ega liigselt koormavad ning on konkreetsel juhul vajalikud, et tagada puuetega inimestele kõigi inimõiguste ja põhivabaduste teostamine või kasutamine teistega võrdsel alusel”.

64 — Hiljutine 4. juuli 2013. aasta otsus kohtuasjas C-312/11: komisjon vs. Itaalia (punkt 58). Vt ka kohtuotsus Ring, punkt 58, ja kohtujurist Kokott'i 6. detsembri 2012. aasta ettepanek kohtuasjas Ring, ettepaneku punktid 54–57.



105. Tegelikult on mõistlike abinõude võtmise nõude eesmärk õiglase tasakaalu saavutamine puuetega inimeste ja tööandja vajaduste vahel.<sup>65</sup>

106. Euroopa Kohus sedastas kohtuotsuses Ring, et tööaja vähendamine võib olla mõistlik abinõu direktiivi 2000/78 artikli 5 tähenduses. On arusaadav, et mõistlike abinõude kohustus võib riivata tööandja äriabadust ja tekitada rahalist koormust.

107. Kuigi tööaja vähendamine võib tähendada tööandjale märkimisväärset rahalist koormust, tasakaalustab see sellegipoolest töötaja ja tööandja huvid: vastutasuks võetud abinõu eest jätkab töötaja ettevõtte tegevusse panustamist. Olgugi et seda küsimust kohtuotsuses Ring otseselt ei tõstatatud, näib mulle, et kõnealuste huvide asjakohane tasakaalustamine eeldab mõistliku abinõuna rakendatud tööaja vähendamise korral asjaomase isiku tötöasu vastavat vähendamist.

108. Vastupidi tööaja vähendamisele on tasustatud puhkuse andmine üksnes töötaja huvides. Erinevalt eespool kirjeldatud olukorrast paneb tasustatud puhkuse võimaldamine tööandjale märkimisväärse rahalise koormuse ning *pealegi* ei taga see, et puudega töötaja jätkab vastutasuks tehtud kohanduse eest tööelus osalemist. Kui pidada tasustatud puhkuse võimaldamist samaväärseks tööaja vähendamisega, tuleks eeldada, et (puudega) töötaja tuleb pärast puhkust tingimata tööle tagasi. Samuti ei saaks välistada täiendavate puhkuseperioodide vajadust, kui töötaja otsustaks veel samal viisil lapsi saada. Kuna tasustatud puhkuse võimaldamine toob tööandja jaoks kaasa palju ebakindlust, ei saa neid meetmeid minu arvates hästi võrrelda.<sup>66</sup>

109. Lisaks ei näi vaeguse, mille all selline naine nagu Z kannatab, ja puhkuse võtmise vajaduse vahel olevat otsest seost. Tegelikult on mõistlikud abinõud ette nähtud selleks, et tööandja võtaks meetmeid, mis *soodustavad* tööle pääsemist ja töös osalemist.<sup>67</sup> Seda kinnitab direktiivi 2000/78 artikkel 5 koostoimes põhjendusega 20.

110. On muidugi tõsi, et võetavad abinõud tuleb kohandada igale üksikjuhtumile. Kui aga kõnealustel meetmetel ei ole otsest seost selle tagamisega, et asjaomane puudega isik pääseks tööle või saaks töös osaleda, ei saa artiklit 5 minu arvates tõlgendada nii, et tööandja on kohustatud selliseid meetmeid võtma. Selline on põhikohtuasjas võetud seisukoht. Kohtutoimikust nähtub, et puhkust ei ole vaja otseselt selleks, et Z saaks jätkata töötamist, vaid selle vajadus tuleneb asendusemaduse kasutamise otsusest.

## 2. Esmase ja rahvusvahelise õiguse mõju

111. Neljas, viies ja kuues küsimus puudutavad direktiivi 2000/78 kehtivust. Täpsemalt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas see direktiiv on kooskõlas ühelt poolt ELTL artikliga 10 ja harta artiklitega 21, 26 ja 34 ning teiselt poolt ÜRO konventsiooniga.

112. ELTL artikkel 10 sisaldab üldsätet Euroopa Liidu teatava poliitilise eesmärgi kohta. See püstitab eesmärgi võidelda muu hulgas puude alusel toimuva diskrimineerimisega: eesmärk, mida seoses töö saamise ja kutsealale pääsemisega täpsustab direktiiv 2000/78. Minu arvates ei näe see esmase õiguse säte ette konkreetseid õigusi või kohustusi, mis võiksid seada kahtluse alla direktiivi 2000/78 kehtivuse.

65 — Vt ka kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas Ring, ettepaneku punkti 59 lõpuosa: direktiiv nõuab „sobivat tasakaalu puudega töötaja huvide vahel saada teda toetavaid meetmeid ning tööandja huvide vahel, kes ei pea iseenesestmõistetavalt leppima sekkumisega tema töökorraldusse ja majandusliku kahjuga”.

66 — Minu arvates on asjakohasem võrdlusalus tasustamata puhkuse võimaldamine. Erinevus on tasemes, mitte liigis. Samamoodi kui tööaja vähendamise korral ei saa töötaja tötöasu ajavahemiku eest, mil ta ei täida oma tööülesandeid. Eelotsusetaotlusest nähtub, et Z sai võtta puhkust nii enne kui ka pärast lapse sündi.

67 — Kõnealustel abinõudel on kahtlemata eri vorme. Lisaks eespool mainitud meetmetele (tööruumide kohandamine ja korralduslikud meetmed) on täiesti mõistatav, et abinõud võivad hõlmata ka töökorralduse muutusi ja tööülesannete erijaotust. Näiteks depressiooni korral peaksid tööandjad tagama, et depressiooni põdevad isikud ei satuks stressirohketesse olukordadesse.

113. Seoses sellega, et direktiiv 2000/78 ei ole minu arvates käesoleva kohtuasja asjaoludel kohaldatav, viitan ma – analoogia alusel – minu poolt eespool punktides 71–75 esitatud märkustele harta kohta.

114. Direktiivi 2000/78 ja ÜRO konventsiooni kooskõla kohta tahaksin ma märkida, et viimati nimetatud rahvusvahelises õigusaktis sätestatud kohustused näivad olevat suunatud osalisriikidele. Nad peavad rakendama asjakohaseid meetmeid – võttes vajaduse korral vastu õigusakte – et tagada puuetega inimeste õigused, mis on sätestatud ÜRO konventsioonis.<sup>68</sup> Kuna konventsioon on koostatud programmilises vormis, ei sisalda see minu arvates sätteid, mis vastaksid eespool osutatud tingimusele, et säte peab olema tingimusteta ja piisavalt täpne. Sellest tulenevalt leian ma, et direktiivi 2000/78 kehtivuse vaidlustamiseks ei saa tugineda ÜRO konventsioonile.<sup>69</sup>

115. Sellest hoolimata käsitlen ma lühidalt eelotsusetaotluse esitanud kohtu mainitud sätteid.

116. Esiteks ei ole ÜRO konventsiooni artiklid 5, 6 ja 28<sup>70</sup> seotud konkreetselt töö saamise ja kutsealale pääsemisega. Need artiklid sätestavad konventsiooniosaliste üldised kohustused seoses meetmetega ÜRO konventsiooni eesmärkide saavutamise tagamiseks. Seetõttu ei mõista ma, kuidas nende sätete põhjal saaks vaidlustada direktiivi 2000/78 kehtivust.

117. Teiseks sätestab ÜRO konventsiooni artikli 27 lõike 1 punkt b, et „osalisriigid kaitsevad ja edendavad õigust tööle, kaasa arvatud nende isikute puhul, kes on saanud puude töötamise käigus, võttes asjakohaseid samme, sealhulgas ka seadusandluses, et muu hulgas [...] kaitsta teistega võrdsel alusel puuetega inimeste õigust õiglasele ja soodsatele töötingimustele, kaasa arvatud võrdsed võimalused ja võrdne tasu samaväärse töö eest [...]”.

118. Seega jätab see säte võetavate meetmete kindlaksmääramise konventsiooniosaliste pädevusse. ÜRO konventsiooni artikli 27 lõike 1 punkt b ei piira järelikult Euroopa Liidu vabadust võtta ÜRO konventsioonis sätestatud õiguste teostamise edendamiseks seadusandlikke meetmeid.

119. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes olen ma seisukohal, et kolmandale, neljandale, viiendale ja kuuendale küsimusele tuleks vastata nii, et direktiivi 2000/78 ei saa kohaldada sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas, kus naisele, kes põeb haigust, mis ei võimalda tal rasedust kanda, ja kelle bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil, ei võimaldata rasedus- ja sünnituspuhkuse ja/või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust. See järeldus ei sea kahtluse alla kõnealuse direktiivi kehtivust.

#### D. Lõppmärkused

120. Olenemata eespool tehtud järeldusest saan ma väga hästi aru, milliseid raskusi asendusemaduse kasutajad kahtlemata kogevad, kuna paljudes liikmesriikides valitseb asendusemaduse valdkonnas õiguslik ebaselgus. Ma ei arva siiski, et Euroopa Kohus peaks asuma seadusandja asemele ja tõlgendama direktiive 2006/54 ja 2000/78 (või ka direktiivi 92/85) konstruktiivselt nii, et leiaks sealt midagi, mida seal lihtsalt ei ole. See oleks minu arvates sekkumine seadusandja eelisõigusesse.

68 — Vt eelkõige ÜRO konventsiooni artikkel 4, mis sätestab pealkirja „Üldkohustused” all, et „osalisriigid kohustuvad tagama ja edendama kõigi puuetega inimeste kõigi inimõiguste ja põhivabaduste täielikku teostamist ilma mis tahes diskrimineerimiseta puude alusel”. Selles sättes on loetletud ka palju meetmeid, mida tuleb ÜRO konventsiooni eesmärkide saavutamiseks võtta.

69 — Kuna see on nii, ei ole vaja kindlaks teha, kas konventsiooni „laad ja ülesehitus” lubavad Euroopa Kohtul direktiivi 2000/78 kehtivust hinnata.

70 — Artikkel 5 sätestab muu hulgas, et osalisriigid „keelustavad mis tahes diskrimineerimise puude alusel ning tagavad puuetega inimestele võrdse ja tõhusa õigusliku kaitse mis tahes alustel toimuva diskrimineerimise eest” ja „võtavad [...] kõiki asjakohaseid meetmeid, et tagada mõistlike abinõude võtmine”. Artikkel 6 tunnustab konkreetselt, et puuetega naiste ja tüdrukute suhtes esineb mitmekordset diskrimineerimist ja nõuab, et osalisriigid võtaksid „selles osas abinõusid, et tagada neile kõigi inimõiguste ja põhivabaduste täielik ja võrdne teostamine”. Artikli 28 lõike 2 punkt b tunnustab puuetega inimeste õigust diskrimineerimiseta sotsiaalsele kaitsele ning riigi kohustust kaitsta ja edendada selle õiguse teostamist, sealhulgas „tagada puuetega inimestele, eriti puuetega naistele, tüdrukutele ja eakatele inimestele juurdepääs sotsiaalsele kaitse programmidele ja vaesuse vähendamise programmidele”.

121. Õiguse saada tööst tasustatud puhkust kohtulik loomine tähendaks seisukoha võtmist seni seadusandlikult reguleerimata eetilistes küsimustes. Kui rasedus- ja sünnituspuhkuse või lapsendaja puhkuse ulatuse laiendamist (või asendusemaduse jaoks eraldi puhkuse kehtestamist) peetakse ühiskonna seisukohast soovitavaks, on liikmesriikide ja/või EL-i seadusandja ülesanne võtta vastu vajalikud seadusandlikud meetmed selle eesmärgi saavutamiseks.

#### IV. Ettepanek

122. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Equality Tribunali esitatud küsimustele järgmiselt:

- Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. juuli 2006. aasta direktiiv 2006/54/EÜ meeste ja naiste võrdsete võimaluste ja võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta tööhõive ja elukutse küsimustes (uuestisõnastamine) ei ole kohaldatav juhul, kui naisele, kelle bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil, ei võimaldata rasedus- ja sünnituspuhkuse ja/või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust.

Esitatud küsimuste käsitlemisel ei ilmnenu midagi, mis võiks mõjutada direktiivi 2006/54 kehtivust.

- Nõukogu 27. novembri 2000. aasta direktiiv 2000/78/EÜ, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel ei ole kohaldatav sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas, kus naisele, kes põeb haigust, mis ei võimalda tal rasedust kanda, ja kelle bioloogiline laps on sündinud asendusemaduse abil, ei võimaldata rasedus- ja sünnituspuhkuse ja/või lapsendaja puhkusega samaväärset tasustatud puhkust.

Esitatud küsimuste käsitlemisel ei ilmnenu midagi, mis võiksid mõjutada direktiivi 2000/78 kehtivust.