



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MELCHIOR WATHELET  
föredraget den 11 april 2013<sup>1</sup>

**Mål C-5/12**

**Marc Betriu Montull**  
**mot**  
**Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**

(begäran om förhandsavgörande från Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida (Spanien))

”Socialpolitik — Likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare — Direktiv 76/207/EEG — Artiklarna 2 och 5 — Direktiv 92/85/EEG — Artikel 8 — Rätt till mammaledighet för mödrar som är anställda — Kan utnyttjas av en moder som är anställd eller en fader som är anställd — En moder som inte är anställd — En fader som är anställd har inte rätt till ledighet — Direktiv 96/34/EEG — Ramavtalet om föräldraledighet — Moderns rättigheter och faderns rättigheter — Biologiska fäder och adoptivfäder”

## I – Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande, som inkom till domstolens kansli den 3 januari 2012, gäller tolkningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor,<sup>2</sup> och rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS.<sup>3</sup>

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191. Direktiv 76/207 ändrades genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 (EGT L 269, s. 15). Eftersom det föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2002/73 att direktivet ska införlivas av medlemsstaterna senast den 5 oktober 2005, är det inte tidsmässigt tillämpligt på omständigheterna i det nationella målet vilka ägde rum år 2004. Direktiv 76/207 upphävdes med verkan från den 15 augusti 2009 genom artikel 34 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (EUT L 204, s. 23). Trots dessa ändringar anser jag att förevarande förslag till avgörande är relevant vid tolkningen av direktiv 2006/54. I artikel 28 i direktiv 2006/54 föreskrivs särskilt att detta direktiv inte ska påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt beträffande graviditet och moderskap och att det inte påverkar tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 96/34 och direktiv 92/85. Vidare får medlemsstaterna med tillämpning av artikel 3 i direktiv 2006/54, med rubriken ”Positiv särbehandling”, ”behålla eller besluta om åtgärder inom ramen för artikel [157.4 FEUF] för att i praktiken säkerställa full jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet”. Jag anser följaktligen att direktiv 2006/54 inte har ändrat innehållet i de bestämmelser i direktiv 76/207 som är tillämpliga på omständigheterna i det nationella målet.

3 — EGT L 145, s. 4. Direktiv 96/34 upphörde att gälla den 8 mars 2012 genom artikel 4 i rådets direktiv 2010/18/EU av den 8 mars 2010 om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG (EUT L 68, s. 13). Trots de ändringar som gjorts genom direktiv 2010/18 vad gäller de bestämmelser som är tillämpliga på föräldraledighet, anser jag att direktivet inte har ändrat innehållet i de bestämmelser i direktiv 96/34 som har gjorts gällande i de yttranden som inkommit till domstolen i förevarande mål.

2. Frågorna från Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida (Spanien) rör en tvist mellan Marc Betriu Montull och Instituto Nacional de la Seguridad Social (nedan kallat INSS) avseende tillämpningen av artikel 48.4 i lagen om arbetstagare (Ley del Estatuto de los Trabajadores)<sup>4</sup> jämförd med artikel 133 bis i den allmänna lagen om social trygghet (Ley general de la Seguridad Social)<sup>5</sup>. I artikel 48.4 i lagen om arbetstagare,<sup>6</sup> föreskrivs en mammaledighet på sexton veckor, varav de sex veckor som följer omedelbart efter förlossningen obligatoriskt tillfaller barnets mor. Modern kan besluta att överföra hela eller en del av återstående ledighet till fadern. I artikel 133 bis i den allmänna lagen om social trygghet föreskrivs att föräldrapenning ska utgå under de ledighetsperioder som beviljas vid moderskap i enlighet med artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

3. Marc Betriu Montull är anställd och omfattas av det allmänna spanska sociala trygghetssystemet. Macarena Ollé, Procuradora de los Tribunales (juridiskt ombud), är ansluten till Mutualidad General de los Procuradores, som är fristående från det spanska sociala trygghetssystemet.<sup>7</sup>

4. Efter att deras son föddes i Lleida den 20 april 2004 ansökte Marc Betriu Montull – jag antar med moderns godkännande i enlighet med vad som föreskrivs i spansk lag – om föräldrapenning för perioden efter de första sex veckorna av obligatorisk ledighet som en moder måste ta ut i omedelbar anslutning till förlossningen. INSS avslög ansökan genom beslut av den 28 juli och den 8 augusti 2004. INSS fann att modern inte var ansluten till något statligt socialt trygghetssystem och således inte hade någon ursprunglig rätt till ledighet och därmed föräldrapenning som det sociala trygghetssystemet ger upphov till. INSS ansåg därför att fadern, vid biologiskt moderskap, inte hade någon egen, självständig och oberoende rätt, utan endast en rätt som nödvändigtvis måste härledas från moderns rätt.

5. Den 13 september 2004 väckte Marc Betriu Montull talan vid Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida mot INSS:s beslut och yrkade att domstolen skulle fastställa hans rätt till föräldrapenning. Till grund härför återopade han bland annat att likabehandlingsprincipen hade åsidosatts.

6. Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida vill få klarhet i huruvida de aktuella nationella bestämmelserna, varigenom faders rätt till föräldrapenning härleds från moderns rätt till sådan ersättning, strider mot principen om likabehandling av kvinnor och män.

4 — Den konsoliderade lagen om arbetstagare (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), antagen genom kungligt lagdekret 1/1995 av den 24 mars 1995 (BOE nr 75 av den 29 mars 1995, s. 9654), i dess ändrade lydelse enligt lag 39/1999 av den 5 november 1999 (BOE av den 6 november 1999) om främjande av arbetstagarnas möjligheter att förena familjelivet med arbetslivet (Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras) (BOE nr 266 av den 6 november 1999, s. 38934) (nedan kallad lagen om arbetstagare), är tillämplig i det nationella målet.

5 — Ley General de la Seguridad Social som antogs genom kungligt lagdekret 1/1994 av den 20 juni 1994 (BOE nr 154 av den 29 juni 1994, s. 20658), i dess lydelse enligt lag 39/1999 (nedan kallad den allmänna lagen om social trygghet).

6 — I den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet.

7 — Det framgår av handlingarna i målet att det spanska sociala trygghetssystemet utgörs dels av ett allmänt system, dels av särskilda system. En Procurador de los Tribunales kan i Spanien välja att ansluta sig antingen till det särskilda systemet för egenföretagare som ingår i det spanska sociala trygghetssystemet, eller till det privata arbetsrelaterade sociala trygghetssystemet Mutualidad General de los Procuradores, som är avsett för Procuradores de los Tribunales. Anslutningen till Mutualidad General de los Procuradores kan också utgöra ett komplement till det spanska sociala trygghetssystemet.

## II – Tillämpliga bestämmelser

### A – Unionsrätt

#### 1. Direktiv 76/207

#### 7. I artikel 1.1 i direktiv 76/207 anges följande:

”Syftet med detta direktiv är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2, social trygghet. Denna princip kallas härefter likabehandlingsprincipen.”

#### 8. I artikel 2 i direktivet föreskrivs följande:

”1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

...

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.

4. Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1.”

#### 9. Artikel 5 i direktivet har följande lydelse:

”1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

2. För detta ändamål skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

- a) alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas,
- b) alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras,
- c) de lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen omarbetas, när det behov av skydd som ursprungligen gav upphov till dem inte längre är välgrundat, och när liknande bestämmelser ingår i kollektivavtal, arbetstagar och arbetsgivare anmodas att utföra den önskade omarbetningen.”

## 2. Direktiv 92/85/EEG

10. Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG)<sup>8</sup> har i enlighet med artikel 1.1 i direktivet till syfte att ”åtgärder skall införas som främjar säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar”.

11. I artikel 8 i direktiv 92/85, med rubriken ”Barnledighet”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de arbetstagare som avses i artikel 2 är berättigade till sammanhängande barnledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen enligt nationell lagstiftning eller praxis.

2. Av den barnledighet som föreskrivs i punkt 1 skall minst två veckor vara obligatoriska under tiden före eller efter förlossningen enligt nationell lagstiftning eller praxis.”

## 3. Direktiv 96/34

12. Syftet med direktiv 96/34 är, i enlighet med artikel 1 i direktivet, att genomföra det ramavtal om föräldraledighet som ingicks den 14 december 1995 mellan de allmänna branschövergripande organisationerna (UNICE, CEEP och EFS) och som återfinns i bilagan till detta direktiv.

13. Enligt 1 § punkt 2 i det ramavtal som fogats till direktiv 96/34 ska detta ”avtal tillämpas på alla arbetstagare, kvinnor och män, som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande enligt definitionen i den lagstiftning, de kollektivavtal eller den praxis som gäller i varje medlemsstat”.

14. I 2 § i det ramavtal som fogats till direktiv 96/34, med rubriken ”Föräldraledighet”, föreskrivs följande:

”1. Om inte annat följer av punkt 2.2 ges arbetstagare, kvinnor och män, genom detta avtal en individuell rätt till föräldraledighet med anledning av ett barns födelse eller vid adoption av ett barn för att vårda detta barn under minst tre månader och upp till en bestämd ålder som får vara upp till åtta år och som skall fastställas av medlemsstaterna och/eller av arbetsmarknadens parter.

2. För att främja rätten till lika möjligheter för kvinnor och män och principen om likabehandling av kvinnor och män anser de undertecknande parterna att den rätt till föräldraledighet som föreskrivs i punkt 2.1 i princip bör beviljas på så sätt att den inte kan överlåtas.

3. Kvalifikationskraven och tillämpningsföreskrifterna för föräldraledighet skall fastställas enligt lag och/eller kollektivavtal i medlemsstaterna med iakttagande av minimiföreskrifterna i detta [avtal] ...”

## B – Spansk rätt

15. Enligt artikel 1.1 i lagen om arbetstagare, är nämnda lag tillämplig på personer som av egen vilja erbjuder sina tjänster mot betalning för annans räkning inom ramen för en organisation och under ledning av en fysisk eller juridisk person, vilken kallas arbetsgivare.

<sup>8</sup> — EGT L 348, s. 1.

16. I artikel 1.3 i lagen om arbetstagare föreskrivs följande:

”Följande ska undantas från denna lags tillämpningsområde:

...

g) generellt, allt arbete som sker under andra förutsättningar än dem som beskrivs i artikel 1.1. ...”

17. I artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet år 2004,<sup>9</sup> föreskrivs följande:

”En arbetstagare är i samband med förlossning berättigad till sammanhängande ledighet under sexton veckor. ... Ledigheten förläggas i enlighet med den berördas önskemål. Minst sex veckor ska emellertid förläggas i omedelbar anslutning till förlossningen ...

Utan hinder av det föregående, och med förbehåll för de sex veckors obligatorisk ledighet för modern som följer omedelbart efter förlossningen, kan modern när föräldraledigheten inletts, för det fall både hon och fadern arbetar, bestämma sig för att fadern ska komma i åtnjutande av en bestämd och sammanhängande del av ledighetsperioden efter förlossningen, antingen samtidigt som eller efter modern, förutsatt att moderns återgång i arbete inte utgör en risk för hennes hälsa.

...

I samband med att barn upp till sex år adopteras eller tas emot som fosterbarn, såväl inför adoption som permanent, är en arbetstagare berättigad till sammanhängande ledighet under sexton veckor. Denna ledighet kan förlängas när fler än ett barn adopteras eller tas emot som fosterbarn med två veckor per barn från och med det andra barnet. Arbetstagaren väljer om ledigheten ska inledas vid det administrativa eller rättsliga beslutet om provisoriskt eller permanent mottagande av fosterbarn eller vid det rättsliga adoptionsbeslutet. Ledighetens längd är också sexton veckor vid adoption eller mottagande av barn över sex år när det rör sig om barn som är handikappade eller invalidiserade eller som, på grund av personliga omständigheter och upplevelser eller på grund av att de kommer från ett annat land, har särskilda svårigheter, som har bekräftats av behöriga sociala myndigheter, att integreras socialt eller i familjen. För det fall både modern och fadern arbetar fördelas ledigheten enligt de berördas önskemål. De berörda kan ta ut ledigheten samtidigt eller efter varandra. Ledighetsperioderna måste dock vara oavbrutna och inom angivna gränser.

För det fall båda är lediga samtidigt får den sammanlagda ledigheten inte överstiga de sexton veckor som föreskrivs i tidigare stycken eller de antal veckor som föreskrivs vid flerbarnsfödelse.

...”

<sup>9</sup> — Se punkterna 3–5 ovan.

18. Artikel 48.4 i lagen om arbetstagare ändrades genom lag 3/2007 av den 22 mars 2007 om jämlikhet mellan män och kvinnor (Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) (BOE nr 71 av den 23 mars 2007, s. 12611). Relevant i detta mål är ändringen i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, genom följande tillägg:

”För det fall en moder inte har rätt att vara ledig från sitt arbete med ersättning enligt de regler som gäller för det arbetet, har den andre föräldern rätt att vara ledig under den period som modern skulle ha haft rätt till, i överensstämmelse med den rätt som föreskrivs i följande artikel [ledighet i samband med faderskap] ...”<sup>10</sup>

19. I artikel 133 bis i den allmänna lagen om social trygghet, föreskrivs följande:

”Beträffande föräldrapenning anses som skyddade situationer moderskap, adoption och mottagande av fosterbarn, såväl inför adoption som permanent, under de ledighetsperioder som beviljas i sådana situationer, i överensstämmelse med vad som föreskrivs i artikel 48.4 i den kodifierade versionen av lagen om arbetstagare, antagen genom kungligt lagdekret 1/1995 (Real Decreto legislativo 1/1995) av den 24 mars 1995, och i artikel 30.3 i lag 30/1984 av den 2 augusti 1984 om åtgärder för reform av den offentliga tjänsten.”

### III – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

20. Utöver de faktiska omständigheter som det redogjorts för ovan i punkterna 3–5, ska det påpekas att Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida den 20 april 2005 hänsköt en fråga till Tribunal Constitucional avseende huruvida artikel 48.4 i lagen om arbetstagare är förenlig med den spanska konstitutionen. I dom av den 19 maj 2011 slog författningsdomstolen fast att bestämmelsen i fråga inte strider mot artiklarna 14 (icke-diskrimineringsprincipen), 39 (socialt, ekonomiskt och rättsligt familjeskydd) och 41 (sociala trygghetssystemet) i konstitutionen.

21. Juzgado de lo Social de Lleida anser dock att det är oklart huruvida denna bestämmelse är förenlig med unionsrätten, särskilt med den allmänna principen om likabehandling.

22. Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida konstaterade att de sex veckors obligatorisk mammaledighet som måste tas ut i omedelbar anslutning till förlossningen inte har ifrågasatts. Vad däremot gäller den efterföljande perioden på tio veckor, konstaterade den hänskjutande domstolen att anställda fäder och anställda mödrar behandlas olika i den aktuella nationella lagstiftningen genom att faderns rätt härleds från moderns, trots att deras situationer är jämförbara.

23. Enligt den hänskjutande domstolen är ledighetsperioden med behållande av sin tjänst enligt artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, utom när det gäller de sex veckor som följer direkt efter förlossningen, att anses som föräldraledighet och en åtgärd för att förena familjelivet med arbetslivet, eftersom den biologiska omständigheten som graviditeten och förlossningen innebär, och som endast rör kvinnan, redan skyddas genom hennes obligatoriska ledighet.

24. Den hänskjutande domstolen anser att ledigheten som är i fråga i det nationella målet därmed måste kunna åtnjutas utan åtskillnad av modern eller fadern i den mån båda är anställda och med anledning av att de är föräldrar till barnet.

10 — Det framgår av handlingarna i målet och av lydelsen i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare efter ändring genom lag 3/2007, att om denna ändrade lydelse hade varit tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i målet så skulle tvisten inte ha uppstått, eftersom fadern hade kunnat komma i åtnjutande av föräldraledighet och föräldrapenning oaktat om modern var ansluten till ett socialt trygghetssystem eller inte. INSS och den spanska regeringen bekräftade denna tolkning vid förhandlingen.



25. Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida anser även att det föreligger en skillnad i behandling mellan biologiska fäder och adoptivfäder i den spanska lagstiftningen. Vid adoption har föräldrar nämligen enligt artikel 48.4, när båda föräldrarna arbetar, möjlighet att fördela ledighetsperioden mellan sig på det sätt som de finner lämpligt. I detta fall är ledigheten inte en ursprunglig rättighet för modern som hon kan överlåta till fadern, utan en ledighetsperiod som fördelas mellan modern och fadern i samförstånd. Vid adoption kan en anställd far som omfattas av ett system för social trygghet på detta sätt komma i åtnjutande av föräldraledigheten i dess helhet och få motsvarande föräldrapenning även om modern inte är anställd och ansluten till något system för social trygghet. När det gäller biologiska barn och förlossning, kan fadern däremot inte komma i åtnjutande av de sista tio veckorna i ledighetsperioden, eftersom denna rättighet ursprungligen tillkommer modern.

26. Mot denna bakgrund beslutade Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

- ”1. Utgör [direktiv 76/207 och direktiv 96/34] hinder för nationell lagstiftning, såsom artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, enligt vilken rätten, när det gäller biologiska barn, till föräldraledighet – efter perioden på sex veckor efter förlossningen och när det inte föreligger fara för moderns hälsa – tillerkänns mödrar som är anställda som en ursprunglig och självständig rättighet men anställda fäder som en härledd rättighet, vilket innebär att en fader endast kan komma i åtnjutande av nämnda ledighet när modern också är anställd och väljer att låta fadern komma i åtnjutande av en del av ledigheten?
2. Utgör likabehandlingsprincipen, som förbjuder all diskriminering på grund av kön, hinder för nationell lagstiftning, såsom artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, i vilken, när det gäller biologiska barn, föreskrivs ledighet med behållande av tjänsten och ersättning från socialförsäkringen som en ursprunglig rättighet för modern men inte för fadern – även efter perioden på sex veckor efter förlossningen och när det inte föreligger fara för moderns hälsa – på så sätt att den ledighet som en anställd fader har är beroende av att också modern är anställd?
3. Utgör likabehandlingsprincipen, som förbjuder all diskriminering, hinder för nationell lagstiftning, såsom artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, i vilken den ursprungliga rätten till ledighet med behållande av tjänsten och ersättning från socialförsäkringen tillerkänns anställda fäder när de adopterar ett barn men, när det gäller biologiska barn, inte tillerkänner anställda fäder en sådan rätt till ledighet som är egen, fristående och självständig från moderns rättighet, utan endast en rättighet som härleds från moderns rättighet?”

#### **IV – Förfarandet vid domstolen**

27. Skriftliga yttranden har inkommit från INSS, den spanska och den polska regeringen samt Europeiska kommissionen. Nämnda parter yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 21 februari 2013.

#### **V – Bedömning**

##### *A – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning*

28. Enligt den spanska regeringen kan de frågor som har ställts inte tas upp till sakprövning. Enligt nämnda regering innehåller begäran om förhandsavgörande inte några specifika skäl som visar att tolkningsfrågorna är relevanta och det är således uppenbart att de är rent hypotetiska. Den hänskjutande domstolen har således begärt att domstolen ska avge ett rådgivande yttrande om tolkningen av vissa unionsrättsliga bestämmelser jämförda med artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

29. Vid förhandlingen gjorde även INSS gällande att tolkningsfrågorna inte kan tas upp till sakprövning. Eftersom det i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare föreskrivs en sammanhängande ledighet på sexton veckor måste tolkningsfrågorna som ställts nio år efter barnets födsel, enligt INSS, nödvändigtvis anses hypotetiska. Det är nämligen inte längre möjligt att komma i åtnjutande av denna ledighet.

30. Enligt fast rättspraxis utgör det förfarande som inrättats genom artikel 267 FEUF ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av unionsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister. Inom ramen för detta samarbete presumeras frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. EU-domstolen kan endast avvisa en begäran från en nationell domstol då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. Den uppgift som EU-domstolen har anförtrotts inom ramen för mål om förhandsavgörande är nämligen att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att avge rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor.<sup>11</sup>

31. Det framgår i förevarande mål av beslutet om hänskjutande och tolkningsfrågorna att Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida vill få klarhet i huruvida bestämmelserna i unionsrätten, närmare bestämt direktiven 76/207 och 96/34, utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 48.4 i lagen om arbetstagare. Även om Marc Betriu Montull har ansökt om föräldrapenning för moderskap enligt artikel 133 bis i den allmänna lagen om social trygghet och villkoren för rätt till sådan ersättning inte definieras i denna lag, hänvisar denna lag i samma artikel 133 bis dock till artikel 48.4 i lagen om arbetstagare där dessa villkor finns angivna.

32. Mot bakgrund av att det direkta sambandet mellan dessa två bestämmelser finns uttryckligen stadgat i den nationella lagstiftningen, kan jag varken se att frågorna från den nationella domstolen är av allmän eller hypotetisk karaktär eller att EU-domstolens svar på dessa frågor skulle sakna betydelse för utgången i det nationella målet.

33. Vad vidare gäller INSS synpunkter, vilka det redogjorts för i punkt 29 ovan, anser jag att även om det godtogs att Marc Betriu Montull inte retroaktivt kan ta ut den aktuella ledigheten, kan han utöver sin ansökan om föräldrapenning begära skadestånd från INSS, vilket INSS för övrigt framhöll vid förhandlingen.

34. Jag anser följaktligen att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning.

35. Det ska dock redan nu påpekas att jag, i den mån den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande inte har redogjort för de tillämpliga nationella bestämmelserna avseende föräldraledighet, inte kommer att undersöka frågan huruvida direktiv 96/34 utgör hinder för en sådan bestämmelse som föreskrivs i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.<sup>12</sup>

11 — Dom av den 15 september 2011 i mål C-197/10, Unió de Pagesos de Catalunya (REU 2011, s. I-8495), punkterna 16–18 och där angiven rättspraxis.

12 — Se punkterna 78 och 86 nedan.



## B – Innehållet i tolkningsfrågorna

### 1. Argument

36. INSS anser, vad gäller den första frågan, att det är förenligt med direktiv 92/85 att föreskriva att en moders rätt till föräldrapenning inte får överföras till fadern när modern inte själv har rätt till denna på grund av att hon valt att ansluta sig till en sjukförsäkring som inte ger rätt till sådan föräldrapenning, eftersom det inte går att överföra en rättighet som man inte är innehavare av.

37. INSS har påpekat att föräldraledigheten som avses i direktiv 96/34 skiljer sig från ledigheten som är i fråga i det nationella målet. Enligt INSS har rätten till föräldraledighet införlivats med spansk lagstiftning genom artikel 46.3 i lagen om arbetstagare där det föreskrivs att "arbetstagare har rätt till förlängd föräldraledighet på upp till högst tre år för att ta hand om barnet, oaktat barnet är biologiskt, adopterat eller tas emot som fosterbarn inför adoption eller permanent. Den förlängda ledigheten ska räknas från och med dagen för barnets födelse eller, i förekommande fall, det administrativa eller rättsliga beslutet." Denna föräldraledighet syftar till att göra det möjligt att förena arbetsliv och familjeliv för arbetande föräldrar (oaktat de är män eller kvinnor), medan ledigheten i det nationella målet syftar till att skydda moderns hälsa och det särskilda förhållandet mellan modern och det nyfödda barnet efter förlossningen.

38. INSS har vad gäller den andra frågan påpekat att Marc Betriu Montull inte har kommit i åtnjutande av den aktuella ledigheten, eftersom Macarena Ollé, barnets mor, själv valt att ansluta sig till Mutualidad General de los Procuradores och inte det allmänna sociala trygghetssystemet. Enligt INSS följer rätten att vara frånvarande från arbetet på grund av moderskapet, tillsammans med rätten till föräldrapenning under ledigheten och möjligheten att dela denna avlönade ledighet med barnets fader, inte av att modern är arbetstagare utan av hennes val att ansluta sig till skyddsramen för det sociala trygghetssystem som avses med den aktuella nationella lagstiftningen eller ej.

39. Vad avser den tredje frågan anser INSS att skillnaden i behandling mellan fäder som är anställda, beroende på om de är adoptivföräldrar eller biologiska föräldrar, är helt befogad. Vid biologiskt föräldraskap är det nämligen skäligt att rätten till ledighet uteslutande förbehålls modern som måste kunna återhämta sig efter graviditeten och förlossningen. Vid adoption eller mottagande av fosterbarn syftar ledigheten däremot till att underlätta för det nya barnet att integreras på ett harmoniskt sätt i familjen, vilket berör fadern och modern på samma sätt.

40. Den spanska regeringen har noterat att den nationella lagstiftaren har iakttagit artikel 8 i direktiv 92/85 och det handlingsutrymme som medlemsstaterna ges där. Att en moder inte bara har möjlighet att helt avstå från ledighetsperioden som följer efter de sex veckornas obligatorisk ledighet efter förlossningen, utan även kan dela denna ledighet med eller överlåta den till fadern är förenligt med innehållet i och syftet bakom direktiv 92/85, eftersom det möjliggör för att involvera fadern i omsorgen av barn och familj.

41. Den spanska regeringen anser att möjligheten till ledighet med behållande av sin tjänst vid adoption är förenlig med bestämmelserna i direktiven 96/34 och 76/207. Enligt denna regering medges det i direktiv 96/34 att ett barns födelse och adoption av ett barn inte är jämförbara. I 2 § punkt 3 c i direktivet anges nämligen att medlemsstaterna bland annat får anpassa kvalifikationskraven och tillämpningsföreskrifterna för föräldraledighet till de särskilda omständigheter som råder vid adoption. Enligt den spanska regeringen har den europeiska lagstiftaren följaktligen gett medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning för att anpassa föräldraledigheten till de särskilda omständigheter som råder vid adoption.

42. Den polska regeringen anser att när den nationella lagstiftaren väljer att ge anställda fäder rätt att komma i åtnjutande av en del av mammaledigheten, är det befogat att denna rätt härleds från den anställda moderns rätt. Den polska regeringen har påpekat att det enligt unionsrätten är barnets moder, och inte fader, som har rätt till mammaledighet. En mor som har erhållit denna rätt kan visserligen avstå från en del av denna ledighet och överföra den till fadern. En far kan dock inte göra gällande att han tillgodoser omsorgen om barnet och åtnjuta mammaledigheten i stället för modern. Den lösningen skulle strida mot syftet med mammaledigheten som syftar till att skydda modern och förhållandet mellan mor och barn. Enligt den polska regeringen kan en kvinna som inte är arbetstagare och som inte har erhållit någon rätt till ledighet, *a fortiori*, inte överföra rätten till ledighet till barnets far. Den polska regeringen har påpekat att det huvudsakliga ändamålet med mammaledigheten kan bibehållas enbart om det utgås från att rätten för barnets far att komma i åtnjutande av denna rätt härleds från moderns rätt och att skilja denna ledighet från föräldraledigheten.

43. Den polska regeringen anser att rätten till ledighet vid adoption och villkoren för denna rätt inte regleras i unionsrätten och därmed hör till den nationella lagstiftarens exklusiva befogenheter. Dessa kan således inte bedömas mot bakgrund av den allmänna principen om likabehandling.

44. Kommissionen har noterat att den spanska lagstiftningen faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/85, eftersom en manlig arbetstagare i vart fall inte har rätt till mammaledighet i den mening som avses i detta direktiv. Enligt kommissionen innebär artikel 48.4 i lagen om arbetstagare en skillnad i behandling på grund av kön i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 76/207, mellan mödrar som arbetar som anställda och fäder i samma situation. En sådan särbehandling kan inte motiveras med hänvisning till skyddet av moderns graviditet i den mening som avses i artikel 2.3 i direktiv 76/207.

45. Kommissionen anser att ledighetsperioden på tio veckor som är i fråga i det nationella målet härvid skiljer sig från den ledighetsperiod som obligatoriskt tillfaller modern, det vill säga de sex veckor som följer omedelbart efter förlossningen. Kommissionen har påpekat att de sex veckor som följer omedelbart efter förlossningen utgör en obligatorisk ledighetsperiod för modern och att denna period således är direkt knuten till skyddet av modern och det särskilda förhållandet mellan modern och hennes barn under den period som följer på förlossningen.

46. Kommissionen anser däremot att, eftersom det föreskrivs en möjlighet i den spanska lagstiftningen för fäder att ta ut ledighet för den senare perioden på tio veckor, denna ledighet är frikopplad från moderskapet som biologiskt faktum. Denna ledighet ska enligt den spanska lagstiftningen förstås som en period avsedd för barnets omvårdnad och omsorg, vilken såväl en anställd moder som en anställd fader kan komma i åtnjutande av.

47. Kommissionen anser att domstolens slutsatser i domen av den 30 september 2010 i målet Roca Álvarez<sup>13</sup> är tillämpliga i detta mål. Enligt kommissionen ska artiklarna 2 och 5 i direktiv 76/207 även i förevarande mål tolkas så att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som i det nationella målet, enligt vilken mödrar, som är anställda, efter förlossningen har rätt till ledighet utöver de sex första veckornas obligatorisk mammaledighet, medan fäder som är anställda endast kan komma i åtnjutande av denna ledighet om också modern är anställd.

48. Kommissionen anser sig inte ha tillräckliga upplysningar för att avgöra huruvida ledigheten som föreskrivs enligt artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, med undantag för de sex veckorna obligatorisk ledighet för modern, utgör föräldraledighet i den mening som avses i direktiv 96/34.

13 — Dom av den 30 september 2010 i mål C-104/09, Roca Álvarez (REU 2010, s. I-8661).

## 2. Bedömning

### a) Den första och den andra frågan

49. Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida har ställt den första och den andra frågan, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida direktiv 76/207 och direktiv 96/34 samt likabehandlingsprincipen, enligt vilken all diskriminering på grund av kön är förbjuden, ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som i det nationella målet, i vilken det föreskrivs en skillnad i behandling på grund av kön, i den mån mödrar, som arbetar som anställda, efter ett barns födsel, och med undantag för om det föreligger fara för moderns hälsa, har rätt till ledighet utöver de sex obligatoriska veckornas ledighet som följer efter förlossningen, medan fäder som arbetar som anställda endast har rätt till sådan ledighet om även modern arbetar som anställd och hon (såsom är möjligt enligt den aktuella lagstiftningen) väljer att överlåta en viss del av denna ledighet till fadern.

50. Det är utrett att det i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare till följd av barns födelse föreskrivs en ledighet på en sammanhängande tid om sexton veckor, varav de första sex veckorna obligatoriskt måste tas ut av modern. Det framgår vidare tydligt av lydelsen av denna bestämmelse och handlingarna i målet att modern kan välja att låta fadern komma i åtnjutande av hela eller en del av resterande ledighet på upp till högst tio veckor. Det ska härvid understrykas att moderns val inte är i fråga i det nationella målet.

51. Den hänskjutande domstolen har inte ställt några frågor avseende den obligatoriska mammaledigheten på sex veckor som följer efter förlossningen.<sup>14</sup> Det föreligger inte heller någon fara för moderns hälsa på så sätt att modern inte har rätt att bestämma att fadern ska komma i åtnjutande av resterande del av ledighetsperioden.<sup>15</sup>

52. Det är inledningsvis lämpligt att jämföra artikel 48.4 i lagen om arbetstagare med artikel 8 i direktiv 92/85.

53. I artikel 8 i direktiv 92/85 föreskrivs att kvinnliga arbetstagare är berättigade till en sammanhängande mammaledighet under minst 14 veckor. I denna bestämmelse föreskrivs inte någon ledighet för barnets far. Till skillnad från denna bestämmelse, där endast gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar ingår i den personkrets på vilken bestämmelsen är tillämplig (*ratione personae*),<sup>16</sup> omfattas manliga arbetstagare under vissa förutsättningar av tillämpningsområdet för artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

54. Lydelsen i artikel 8 i direktiv 92/85 tillåter enligt min mening att medlemsstaterna antar ytterligare åtgärder eller åtgärder som sträcker sig utöver minimikraven i denna bestämmelse, naturligtvis under förutsättning att dessa minimikrav iakttas.<sup>17</sup> Jag anser i detta avseende i enlighet med den spanska regeringens redogörelse i punkt 40 ovan, att artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, genom att modern kan låta barnets far komma i åtnjutande av hela eller en del av mammaledigheten, går utöver minimikraven i artikel 8 i direktiv 92/85 samtidigt som det tvingande system som medlemsstaterna är skyldiga att iaktta respekteras.

14 — I hänskjutandebeslutet anges att "[d]et [inte är] denna period som det är fråga om i detta mål".

15 — Se artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

16 — Artikel 1.1 och 1.2 i direktiv 92/85.

17 — Se, för ett liknande resonemang, ordet "minst" som förekommer två gånger i denna bestämmelse. Denna tolkning bekräftas enligt min mening av skäl 1 i direktiv 92/85, där det hänvisas till direktivets rättsliga grund, det vill säga artikel 118a i EEG-fördraget i vilken det föreskrivs att rådet genom direktiv ska anta "minimikrav", främst i fråga om arbetsmiljön, i syfte att förbättra arbetstagarnas säkerhet och hälsa. Se även artikel 153 FEUF.

55. Modern själv måste nämligen ta ut sex veckors mammaledighet efter förlossningen, trots att endast två veckor är obligatoriska enligt direktiv 92/85 (under tiden före eller efter förlossningen). Möjligheten för modern att låta fadern komma i åtnjutande av resterande ledighet går dessutom förlorad om ”moderns återgång i arbete ... utgör en risk för hennes hälsa”.<sup>18</sup> Detta faller inom ramen för syftet med direktiv 92/85 att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar.<sup>19</sup>

56. I klargörande syfte ska det påpekas att även om det endast är de två första veckorna – före eller efter – förlossningen som utgör obligatorisk mammaledighet enligt artikel 8.2 i direktiv 92/85, kan moderns rätt till 14 veckors mammaledighet enligt artikel 8.1 i direktivet i vart fall inte fråntas henne och överlåtas till fadern emot hennes vilja.<sup>20</sup>

57. Jag anser följaktligen att möjligheten för barnets far att, under vissa förutsättningar och uteslutande på moderns initiativ, komma i åtnjutande av en ledighet på tio veckor som i det nationella målet är förenlig med artikel 8 i direktiv 92/85.

58. Denna möjlighet ska även undersökas mot bakgrund av direktiv 76/207.<sup>21</sup> Enligt artikel 1.1 i direktiv 76/207 är syftet med detta direktiv att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, särskilt befordran, yrkesutbildning och arbetsvillkor. Denna princip förklaras närmare i artiklarna 2 och 5 i samma direktiv. I artikel 2.1 i direktivet anges att likabehandlingsprincipen ska innebära att det inte får förekomma någon diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus. I artikel 5.1 föreskrivs att tillämpningen av denna princip i fråga om arbetsvillkor innebär att kvinnor och män ska vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.<sup>22</sup>

59. Det framgår tydligt av hänskjutandebeslutet att anställda mödrar, efter de sex veckors ledighet som följer efter förlossningen, i princip har rätt till tio veckors ytterligare ledighet, medan anställda fäder endast kan komma i åtnjutande av dessa tio veckors ledighet med moderns godkännande (vilket inte är i fråga i det nationella målet) och under förutsättning att båda föräldrarna arbetar som anställda.

60. Denna bestämmelse liknar den som var i fråga i domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, som avsåg tolkningen av artikel 2.1, 2.3, 2.4 och artikel 5 i direktiv 76/207 i ett mål mellan Roca Álvarez och dennes arbetsgivare avseende arbetsgivarens beslut att inte bevilja honom så kallad amningsledighet.

61. Enligt den spanska lagstiftningen som var i fråga i det målet hade i princip endast mödrar rätt till amningsledighet, varvid en far endast kunde komma i åtnjutande av denna ledighet om båda föräldrarna arbetade som anställda. Att vara förälder var således inte tillräckligt för att en anställd man skulle kunna dra nytta av denna ledighet, medan detta var tillräckligt för kvinnor i motsvarande situation.<sup>23</sup>

18 — Artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

19 — Dom av den 11 oktober 2007 i mål C-460/06, Paquay (REG 2007, s. I-8511), punkt 27.

20 — I punkt 58 i dom av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle (REG 1998, s. I-6401), slog domstolen fast ”... att även om medlemsstaterna enligt artikel 8 i [direktiv 92/85] skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att kvinnliga arbetstagare är berättigade till barnledighet under minst fjorton veckor, är det för dem fråga om en rättighet som de kan avstå från, med undantag av den obligatoriska mammaledigheten på två veckor som föreskrivs i artikel 8.2 ...”.

21 — Genom att det i artikel 48.4 föreskrivs en period då anställningsavtalet är suspenderat, påverkas arbetsvillkoren i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 76/207.

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2010 i mål C-104/09, Roca Álvarez (REU 2010, s. I-8661), punkterna 19 och 20.

23 — Ibidem, punkterna 22 och 23.

62. Domstolen erinrade om sin rättspraxis enligt vilken "[s]ituationerna för en manlig arbetstagare och en kvinnlig arbetstagare som är far respektive mor till små barn är ... jämförbara vad gäller den omständigheten att de kan finna det nödvändigt att minska sin arbetstid för att ta hand om sitt barn".<sup>24</sup> Därefter slog domstolen fast att den aktuella lagstiftningen "medför en skillnad i behandling på grund av kön i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 76/207, mellan mödrar som arbetar som anställda och fäder i samma situation".<sup>25</sup>

63. Domstolen prövade därefter huruvida en sådan skillnad i behandling var berättigad med tillämpning av artikel 2.3 och 2.4 i direktiv 76/207. I denna artikel preciseras att direktivet inte utgör hinder för bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap, eller åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter vad avser arbetsvillkor.

64. Domstolen ansåg att den omständigheten att föräldrarna enligt den nationella lagstiftningen fritt kan välja om det är den anställde fadern eller den anställda modern som tar ut amningsledigheten tyder på att matning av och omsorg om barnet kan skötas av fadern likaväl som av modern.

65. Lagstiftningen kunde därför inte anses skydda kvinnans biologiska tillstånd efter graviditeten eller det särskilda förhållandet mellan modern och hennes barn i enlighet med artikel 2.3 i direktiv 76/207. I den nationella lagstiftningen hade amningsledigheten nämligen frikopplats från amning som biologiskt faktum och omfattades följaktligen inte av undantaget i artikel 2.3 i direktiv 76/207.

66. Domstolen slog vidare fast att den omständigheten att endast en mor som arbetar som anställd är att anse som innehavare av rätten till amningsledighet, medan en far i samma situation endast kan komma i åtnjutande av denna rätt utan att vara innehavare av densamma, var ägnat att bevara det traditionella könsrollsmönstret där män spelar en biroll i förhållande till kvinnor vad gäller föräldraskapet. Domstolen fann därefter att den omständigheten att fäder som arbetar som anställda inte kan dra nytta av ledigheten endast på grund av att barnets mor inte arbetar som anställd kan leda till att en kvinna som är egenföretagare tvingas inskränka sin yrkesverksamhet och ensam ta på sig det ansvar som barnets födelse medför, utan att kunna få hjälp från barnets far. Enligt domstolen kunde den nationella lagstiftningen inte leda till att faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället vad gäller kvinnors situation avskaffas eller begränsas, i den mening som avses i artikel 2.4 i direktiv 76/207. Den var därför inte att anses som "en åtgärd med syfte att leda fram till betydande och icke-formell jämlikhet genom att minska de faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället och att således förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för berörda personer, i enlighet med artikel 157.4 FEUF".<sup>26</sup>

67. Med stöd av domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, är det uppenbart att bestämmelserna i fråga i det nationella målet, vad gäller de aktuella ledighetsperioderna, innebär en skillnad i behandling på grund av kön i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 76/207 mellan mödrar som arbetar som anställda och fäder i samma situation.

68. Liksom domstolen fann i punkt 24 i domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, är situationerna för en manlig arbetstagare och en kvinnlig arbetstagare som är far respektive mor till små barn, jämförbara vad gäller den omständigheten att de kan finna det nödvändigt att minska sin arbetstid för att kunna ta hand om sina barn.

24 — Se domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, punkt 24, dom av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383), punkt 56, och av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 30.

25 — Ibidem, punkt 25.

26 — Ibidem, punkterna 36–38.



69. Det ska vidare undersökas om denna diskriminering som strider mot artikel 2.1 i direktiv 76/207 kan motiveras enligt artikel 2.3 och 2.4 i direktivet som tillåter att undantag görs från principen om likabehandling.

70. Vad för det första avser skyddet för kvinnor vid graviditet och moderskap, följer det av fast rättspraxis att det genom att förbehålla medlemsstaterna rätten att upprätthålla eller införa detta skydd, enligt artikel 2.3 i direktivet, med beaktande av principen om likabehandlingen av kön, är befogat för det första, att skydda kvinnans biologiska tillstånd under graviditeten och efter densamma samt, för det andra, att skydda det särskilda förhållandet mellan kvinnan och barnet under den period som följer på förlossningen.<sup>27</sup>

71. Till skillnad från de sex veckors ledighet som följer direkt efter förlossningen och som i syfte att skydda modern obligatoriskt måste tas ut av henne, omfattas inte ledigheten på tio veckor som är i fråga i det nationella målet av tillämpningsområdet för artikel 2.3 i direktiv 76/207. Eftersom det föreskrivs att modern i början av mammaledigheten kan välja att den andra föräldern därefter ska komma i åtnjutande av en bestämd och sammanhängande del av de tio efterföljande veckornas ledighet, har den spanska lagstiftaren nämligen frikopplat de tio veckornas ledighet från moderns biologiska tillstånd och därmed från syftet med artikel 2.3 i direktiv 76/207. Denna ledighet kan följaktligen inte omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse.<sup>28</sup>

72. Vidare ska skillnad göras mellan omständigheterna som är i fråga i det nationella målet och omständigheterna i det ovannämnda målet Hofmann. Det följer nämligen av domen i sistnämnda mål att den aktuella mammaledigheten uteslutande var förbehållen mödrar och endast var avsedd att skydda moderns biologiska tillstånd.<sup>29</sup>

73. Av ovanstående följer att ledigheten på tio veckor i förevarande mål, liksom amningsledigheten som var i fråga i domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, beviljas arbetstagare enbart på grundval av att de är föräldrar. Den kan därför inte anses skydda kvinnans biologiska tillstånd efter graviditeten eller det särskilda förhållandet mellan mor och barn.<sup>30</sup>

74. Vad för det andra avser undantaget i artikel 2.4 i direktiv 76/207, som tillåter undantag från principen om icke-diskriminering i artikel 2.1 i detta direktiv i syfte att främja lika möjligheter för kvinnor och män samt att minska befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter vad avser arbetsvillkor, framgår det av ”fast rättspraxis att artikel 2.4 i direktiv 76/207 har till precist och avgränsat syfte att tillåta sådana åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. Denna bestämmelse tillåter nationella åtgärder inom området för tillgång till anställning, inbegripet befordran, som speciellt gynnar kvinnor och som har till syfte att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män ... Nämnda artikel 2.4 syftar inte till formell, utan till reell, jämlikhet, genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället, och till att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för berörda personer, i enlighet med artikel 157.4 FEUF.”<sup>31</sup>

27 — Domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, punkt 27, dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 25, dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-35), punkt 20, av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown (REG 1998, s. I-4185), punkt 17, och av den 1 februari 2005 i mål C-203/03, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-935), punkt 43.

28 — Dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327), punkterna 54–56.

29 — Domen i det ovannämnda målet Hofmann, punkterna 25 och 26.

30 — Se, analogt, domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez, punkt 31.

31 — Ibidem, punkterna 33 och 34.



75. Den spanska regeringen har noterat att den aktuella lagstiftningen, genom att godkänna att ledighetsperioden frivilligt kan överlåtas till fadern i stället för att rätten till ledighet ska gå förlorad om modern avsäger sig sitt anspråk på denna, syftar till att korrigera det traditionella könsrollsmönstret mellan kvinnor och män, där män spelar en biroll vad gäller föräldraskapet.

76. Syftet att korrigera de verkningar som bidrar till att bevara det traditionella könsrollsmönstret mellan kvinnor och män är visserligen ett lovvärt syfte som bör uppmuntras. Det ska dock erinras om att domstolen i punkt 36 i domen i det ovannämnda målet Roca Álvarez slog fast att den omständigheten att endast mödrar som arbetar som anställda är innehavare av rätten till den aktuella ledigheten, medan fäder i samma situation endast kan komma i åtnjutande av denna rätt utan att vara innehavare av densamma, snarare är ägnat att bevara det traditionella könsrollsmönstret där män spelar en biroll i förhållande till kvinnor vad gäller föräldraskapet. Domstolen tillade att den omständigheten att fäder som arbetar som anställda inte kan dra nytta av ledigheten kan leda just till att en kvinna tvingas inskränka sin yrkesverksamhet och ensam ta på sig det ansvar som barnets födelse medför, utan att kunna få hjälp från barnets far.<sup>32</sup> Detta resonemang kan i tillämpliga delar tillämpas på en sådan bestämmelse som är i fråga i detta mål. Skillnaden i behandling som följer av en sådan bestämmelse som i förevarande mål kan följaktligen inte motiveras enligt artikel 2.4 i direktiv 76/207.

77. Den hänskjutande domstolen har i sin första fråga även hänvisat till direktiv 96/34 om genomförande av ramavtalet om föräldraledighet.

78. Den hänskjutande domstolen har inte i beslutet om hänskjutande redogjort för de nationella tillämpliga bestämmelserna avseende föräldraledighet. Den har i synnerhet inte angett vilken betydelse artikel 46.3 i lagen om arbetstagare har i detta avseende och hur denna bestämmelse förhåller sig till artikel 48.4 i samma lag. Eftersom det i handlingarna i målet inte har redogjorts för innehållet i spansk lagstiftning vad gäller föräldraledighet, saknas det enligt min mening anledning att pröva frågan huruvida direktiv 96/34 utgör hinder för en sådan bestämmelse som föreskrivs i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

79. Det är under alla omständigheter inte nödvändigt att pröva sistnämnda bestämmelse mot bakgrund av direktiv 96/34, eftersom artiklarna 2.1, 2.3, 2.4 och 5 i direktiv 76/207 enligt min mening utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som föreskrivs i artikel 48.4 i lagen om arbetstagare.

80. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den första och den andra tolkningsfrågan så, att artiklarna 2.1, 2.3, 2.4 och 5 i direktiv 76/207 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som i det nationella målet, i vilken det föreskrivs en skillnad i behandling på grund av kön, i den mån mödrar som arbetar som anställda har rätt till ledighet utöver de sex för henne obligatoriska veckornas ledighet som följer efter förlossningen, medan fäder som arbetar som anställda endast har rätt till sådan ledighet om modern som väljer att överlåta en viss del av denna ledighet på fadern också arbetar som anställd.

#### b) Den tredje frågan

81. Mitt förslag till avgörande avseende den första och den andra tolkningsfrågan gör att domstolen kan avstå från att svara på den tredje frågan om huruvida en nationell bestämmelse, såsom artikel 48.4 i lagen om arbetstagare, i vilken den ursprungliga rätten till ledighet och ersättning från det sociala trygghetssystemet tillerkänns anställda fäder när de adopterar ett barn men, när det gäller biologiska barn, endast tillerkänns dem som en rättighet som härleds från moderns rättighet.

32 — Ibidem, punkt 37.

82. Det framgår av handlingarna i målet vid domstolen att artikel 48.4 i lagen om arbetstagare innebär direkt öppen diskriminering mellan adoptivfäder och biologiska fäder till nackdel för de sistnämnda. Jag tillåter mig dock att påpeka att unionsrätten inte innehåller några bestämmelser som direkt skyddar en biologisk far som diskrimineras på sådant sätt. Sådan diskriminering omfattas varken av EUF-fördraget eller något direktiv, särskilt inte rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling,<sup>33</sup> och som på detta område syftar till att bekämpa diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.<sup>34</sup>

83. Vidare, såsom angetts ovan i punkt 53, ingår inte manliga arbetstagare i den personkrets på vilken direktiv 92/85 är tillämpligt (*ratione personae*). Detta direktiv omfattar endast gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar. Unionslagstiftarens ingripande är nödvändigt för att utvidga direktivets tillämpningsområde till att omfatta manliga arbetstagare och att ta bort det ofrånkomliga sambandet mellan mammaledigheten som föreskrivs i detta direktiv och det biologiska tillståndet för en arbetstagare som är gravid, nyligen har fött barn eller ammar.

84. Den aktuella särbehandlingen omfattas slutligen inte av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 som endast avser diskriminering mellan kvinnor och män. I förevarande fall föreligger det en skillnad i behandling mellan manliga arbetstagare.

85. Man skulle på sin höjd kunna fråga sig huruvida en sådan diskriminering som är i fråga i detta mål är förenlig med 2 § i direktiv 96/34. I 2 § punkt 1 görs ingen skillnad mellan födsel eller adoption av ett barn för att bevilja en individuell rätt till föräldraledighet. Vidare ska medlemsstaterna enligt 2 § punkt 3 i direktivet, med iakttagande av minimiföreskrifterna i nämnda direktiv, fastställa kvalifikationskraven och tillämpningsföreskrifterna för föräldraledighet. Jag anser att en sådan direkt skillnad i behandling mellan adoptivfäder och biologiska fäder, trots att det i 2 § punkt 1 i direktiv 96/34 inte görs någon skillnad mellan födsel och adoption, inte uppfyller minimikraven i 2 § punkt 3 i direktivet.

86. Mot bakgrund av mitt svar i punkt 78 ovan och, eftersom handlingarna i målet inte innehåller någon redogörelse för den spanska lagstiftningen med avseende på föräldraledighet, går det inte att ge ett användbart svar på den tredje tolkningsfrågan.

## VI – Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Juzgado de lo Social nr 1 de Lleida på följande sätt:

– Artiklarna 2.1, 2.3, 2.4 och 5 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som i det nationella målet, enligt vilken det föreskrivs en skillnad i behandling på grund av kön, i den mån mödrar som arbetar som anställda har rätt till ledighet utöver de för henne sex obligatoriska veckornas ledighet som följer efter förlossningen, medan fäder som arbetar som anställda endast kan komma i åtnjutande av sådan ledighet om modern som väljer att överlåta en viss del av denna ledighet till fadern också arbetar som anställd.

33 — EGT L 303, s. 16.

34 — Se artikel 1.