



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 26 september 2013¹

Mål C-363/12

**Z
mot**

A Government Department and the Board of Management of a Community School

(begäran om förhandsavgörande från Equality Tribunal (Irland))

”Socialpolitik — Surrogatmoderskap — Rätt till tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet — Direktiv 2006/54/EG — Likabehandling av kvinnor och män — Tillämpningsområde — Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning — Direktiv 2000/78/EG — Likabehandling i arbetslivet — Räckvidd — Begreppet funktionshinder — Deltagande i arbetslivet — Artikel 5 — Rimliga anpassningsåtgärder”

1. Surrogatmoderskap, vilket är en allt vanligare form av assisterad befruktning, utgör en känslig politisk och social fråga i flera medlemsstater. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Equality Tribunal (Irland) vittnar – tillsammans med målet CD² – om surrogatmoderskapets aktualitet, trots att det fortfarande har en relativt liten roll, och de svåra juridiska (och etiska) frågeställningar som kommer upp i samband med reglering härav. Den nuvarande regleringen varierar från medlemsstat till medlemsstat. Surrogatmoderskap kan vara tillåtet enligt lag och särskilt reglerat. Det kan även vara olagligt eller, som situationen är på Irland, oreglerat. Medlemsstaterna har olika uppfattningar när det gäller frågan hur surrogatmoderskap, och i synnerhet de förfaranden som blir aktuella, ska regleras.

2. I det nationella målet har en kvinna som inte kan genomgå en graviditet fått ett biologiskt barn genom surrogatmoderskap. Är hon, enligt unionsrätten, berättigad till betald tjänstledighet från sin anställning motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet? Detta är essensen av de frågor som domstolen ska besvara i förevarande mål.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Mål C-167/12, CD, som ännu inte avgjorts av domstolen.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *Internationell rätt*

3. Enligt punkt e i ingressen till Förenta nationernas konvention av den 13 december 2006 om rättigheter för personer med funktionsnedsättning³ (nedan kallad FN-konventionen) erkänner konventionsstaterna att ”funktionsnedsättning’ och ’funktionshinder’ är begrepp under utveckling och att funktionshinder härrör från samspel mellan personer med funktionsnedsättningar och hinder som är betingade av attityder och miljön, vilka motverkar deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”.

4. I artikel 1 i FN-konventionen föreskrivs att ”personer med funktionsnedsättning innefattar bl.a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”.

B – *Unionsrätt*

1. Direktiv 92/85/EEG

5. I åttonde skälet i direktiv 92/85⁴ anges att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar är en särskilt utsatt riskgrupp och att åtgärder måste vidtas till skydd för deras säkerhet och hälsa.

6. I fjortonde skälet i direktiv 92/85 anges att för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar krävs med hänsyn till deras särskilda känslighet en rättighet till mammaledighet.

7. Enligt artikel 1 i direktiv 92/85 är direktivets 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”.

8. Enligt artikel 8 i direktivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de arbetstagare som avses i artikel 2⁵ är berättigade till sammanhängande barnledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen enligt nationell lagstiftning eller praxis.

9. I artikel 11.2 i direktivet föreskrivs, när det gäller varaktigheten av mammaledighet enligt artikel 8, att lön eller rätt till skälig ersättning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 måste säkerställas under mammaledigheten.

3 — Ratificerad av Europeiska unionen den 23 december 2010. Se rådets beslut av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (EUT L 23, 2010, s. 35) (nedan kallat rådets beslut 2010/48).

4 — 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) (EUT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

5 — Enligt artikel 2 a är definitionen av en ”gravid arbetstagare” en ”gravid arbetstagare, som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis”. Enligt punkt b i samma artikel är definitionen av en ”arbetstagare som nyligen har fött barn” en ”arbetstagare som nyligen har fött barn enligt definitionen i nationell lagstiftning eller praxis och som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis”.

2. Direktiv 2006/54/EG

10. I skäl 23 i direktiv 2006/54⁶ anges att det framgår av domstolens praxis att ogynnsam behandling av kvinnor som är relaterad till havandeskap eller moderskap utgör direkt könsdiskriminering och att sådan behandling således uttryckligen bör omfattas av direktivet. I skäl 24, vilken likaledes hänvisar till domstolens praxis, anges att det är legitimt att skydda kvinnans fysiska tillstånd under och efter en graviditet och att vidta åtgärder för moderskapsskydd som ett sätt att uppnå faktisk jämställdhet.

11. Enligt skäl 27 ankommer det på medlemsstaterna att ”avgöra huruvida de skall bevilja en ... rättighet till faderskaps- och/eller adoptionsledighet”. Det ankommer även på medlemsstaterna att ”bestämma villkoren, med undantag för uppsägning, avskedande och återgång till arbetet, som faller utanför ... direktivets räckvidd”.

12. I artikel 2 i direktiv 2006/54 anges vilka definitioner som används i direktivet.

13. Enligt artikel 2.1 a i direktivet föreligger ”direkt diskriminering” när ”en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”. Enligt artikel 2.1 b föreligger ”indirekt diskriminering” när ”en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga”. I artikel 2.2 c föreskrivs vidare att diskriminering enligt direktivet omfattar ”varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller barnledighet i den mening som avses i direktiv 92/85...”

14. I artikel 4 förbjuds all könsdiskriminering ”vid alla former och villkor för ersättning”.

15. I artikel 14 förbjuds all könsdiskriminering i fråga om tillträde till anställning, tillträde till utbildning, anställnings- och arbetsvillkor och medlemskap och medverkan i en arbetstagarorganisation.

16. Artikel 16 i direktivet avser faderskapsledighet och adoptionsledighet och har följande lydelse:

”Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas rätt att erkänna särskild rätt till faderskapsledighet och/eller adoptionsledighet. Medlemsstater som erkänner sådan rätt skall vidta nödvändiga åtgärder för att skydda manliga och kvinnliga arbetstagare mot uppsägning och avskedande på grund av att de utövar denna rätt och se till att de vid slutet av en sådan ledighet har rätt att återgå till sitt arbete, eller ett likvärdigt arbete på villkor som inte är mindre gynnsamma för dem, och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som de skulle ha haft rätt till under sin bortovaro. Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas rätt att erkänna särskild rätt till faderskapsledighet och/eller adoptionsledighet.”

3. Direktiv 2000/78/EG

17. Enligt skäl 20 i direktiv 2000/78⁷ ska lämpliga åtgärder vidtas för att organisera arbetsplatsen med hänsyn till personer med funktionshinder. Effektiva och praktiska åtgärder ska anses omfatta ”inredning av lokaler eller anpassning av utrustning, arbetstakt, arbetsfördelning, utbildningsmöjligheter eller arbetsledning”.

6 — 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 (omarbetning) (EUT L 204, s. 23).

7 — Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42).

18. I skäl 21 anges att man "[i] syfte att avgöra huruvida åtgärderna blir alltför betungande, bör ... särskilt beakta de ekonomiska och andra kostnader som åtgärderna medför, organisationens eller företagets storlek och ekonomiska resurser och möjligheten att erhålla offentliga medel eller annat stöd".

19. I artikel 3 klargörs direktivets tillämpningsområde. I denna anges följande:

1. Inom ramen för gemenskapens befogenheter skall detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande:

(a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning ...

...

(c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner. ...

20. Begreppet "rimliga anpassningsåtgärder" för personer med funktionshinder definieras i artikel 5 i direktivet. I denna bestämmelse föreskrivs att "arbetsgivaren skall vidta de åtgärder som behövs i det konkreta fallet för att göra det möjligt för en person med funktionshinder att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet ... såvida sådana åtgärder inte medför en oproportionerlig börda för arbetsgivaren".

C – Irländsk rätt

21. Surrogatmoderskap är inte reglerat i irländsk rätt. Det finns därmed ingen bestämmelse som föreskriver rätt till betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet för föräldrar till barn födda genom surrogatmoderskap.

22. När det gäller mammaledighet föreskrivs i section 8 i 1994 års lag om skydd vid moderskap (Maternity Protection Act 1994⁸) (i dess ändrade lydelse) att "*gravida arbetstagare*" (min kursivering) är berättigade till tjänstledighet, så kallad "mammaledighet". Enligt lagen ska mammaledigheten uppgå till minst 26 veckor. För att ha rätt till mammaledighet måste arbetstagaren underrätta arbetsgivaren om att hon har för avsikt att ta mammaledighet. Det krävs även att graviditeten bekräftas och den vecka då nedkomsten är beräknad anges i ett läkarintyg eller motsvarande dokument som inges till arbetsgivaren.

23. Adoptionsledighet regleras i 1995 års lag om adoptionsledighet (Adoptive Leave Act 1995⁹) (i dess ändrade lydelse). Enligt section 6 i denna lag har en anställd adoptivmor eller en anställd ensamstående adoptivfar rätt till adoptionsledighet från den dag då adoptivbarnet mottas. Enligt lagen måste adoptionsledigheten uppgå till minst 24 veckor från den dag då barnet mottas. För att ha rätt till adoptionsledighet måste arbetstagaren på förhand underrätta arbetsgivaren om adoptionen. Det krävs även att relevant dokumentation, där det intygas att adoption ska ske, inges till arbetsgivaren.¹⁰

8 — Irish Statute Book (den irländska författningssamlingen), nr 34, 1994.

9 — Irish Statute Book, nr 2, 1995.

10 — När det gäller dessa två typer av tjänstledighet beror rätten till betalning på villkoren i anställningsavtalet. Den berörda personen kan emellertid vara berättigad till förmåner vid moderskap eller adoption. I 2005 års sociallag (Social Welfare (Consolidation) Act 2005) finns bestämmelser om rätt till förmåner vid moderskap (kapitel 9) och adoption (kapitel 11), såvitt vissa villkor är uppfyllda.

II – Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

24. Z är lärare på en skola som drivs av ett offentligt organ på Irland. Hon lider av en sällsynt sjukdom som innebär att hon, trots att hennes äggstockar är friska och att hon i övrigt är fertil, saknar livmoder och därmed inte kan genomgå en graviditet.

25. Eftersom Z och hennes make ville ha barn, kontaktade de en kvinna som gick med på att vara surrogatmor och de avtalade att hon skulle föda barnet i Kalifornien i Förenta staterna. I april 2010 föddes barnet, vilket är makarnas biologiska barn. På den amerikanska födelseattesten finns ingen uppgift om surrogatmodern.

26. Enligt Z:s anställningsvillkor har hon rätt till betald adoptionsledighet och mammaledighet. I såväl lagen som i anställningsavtalet saknas det uttryckliga föreskrifter om tjänstledighet på grund av att den anställde får ett barn genom surrogatmoderskap.

27. Z ansökte emellertid, under surrogatmoderns graviditet, om adoptionsledighet. Efter det att arbetsgivaren beslutat att inte bevilja betald tjänstledighet, utan endast obetald föräldraledighet¹¹, väckte Z talan vid Equality Tribunal. Z gjorde gällande att hon hade utsatts för könsdiskriminering och diskriminering på grund av familjestatus och funktionshinder.

28. Equality Tribunal hyser vissa tvivel om tillämpningsområdet för och tolkningen av relevanta unionsbestämmelser och beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen.

1. Ska [direktiv 2006/54], och särskilt artiklarna 4 och 14 i det direktivet, mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna i
 - (i) artikel 3 i fördraget om Europeiska unionen,
 - (ii) artiklarna 8 och 157 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, och/eller
 - (iii) artiklarna 21, 23, 33 och 34 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,tolkas så, att det föreligger könsdiskriminering när en kvinna – vars biologiska barn har fötts genom surrogatmoderskap och som sedan födseln har haft ansvaret för barnets omvårdnad – inte beviljas betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet?
2. Om fråga 1 besvaras nekande, är [direktiv 2006/54] förenligt med de ovan angivna primärrättsliga unionsbestämmelserna?
3. Ska [direktiv 2000/78], och särskilt artiklarna 3.1 och 5 i det direktivet, mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna i
 - (i) artikel 10 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, och/eller
 - (ii) artiklarna 21, 26 och 34 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,

11 — The Department of State responsible for education within the State (utbildningsministeriet) tillstyrkte att Z beviljades obetald tjänsteledighet för den tid hon spenderade i Kalifornien fram till dess att barnet föddes. När barnet hade fötts hade Z även möjlighet att ta lagstadgad föräldraledighet under perioden från det att barnet föddes till slutet av skolåret 2010 och, därefter, återuppta föräldraledigheten från början av nästa skolår. Hon hade rätt till högst 14 veckors föräldraledighet. Z hade även rätt att uppbära sin sedvanliga lön under sommarmånaderna.

tolkas så, att det föreligger diskriminering på grund av funktionshinder när en kvinna – som lider av en sjukdom som innebär att hon inte kan föda barn och som har haft ansvaret för omvårdnaden av sitt biologiska barn, vilket har fötts genom surrogatmoderskap, sedan födseln – inte beviljas betald ledighet från sin anställning motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet?

4. Om fråga 3 besvaras nekande, är [direktiv 2000/78] förenligt med de ovan angivna primärrättsliga unionsbestämmelserna?
5. Kan [FN-konventionen] åberopas för att tolka och/eller ifrågasätta giltigheten av [direktiv 2000/78]?
6. Om fråga 5 besvaras jakande, är [direktiv 2000/78] – och särskilt artiklarna 3 och 5 i det direktivet – förenligt med artiklarna 5, 6, 27.1 b och 28.2 b i [FN-konventionen]?

29. Skriftliga yttranden har ingetts av Z och av hennes arbetsgivare – det irländska ministeriet och styrelsen för en kommunal skola på Irland (A Government Department and the Board of Management of a Community School in Ireland) – liksom av den irländska och den portugisiska regeringen, parlamentet, rådet och kommissionen. Vid förhandlingen den 28 maj 2013 framfördes muntliga yttranden av Z, den irländska regeringen, parlamentet, rådet och kommissionen.

III – Bedömning

A – Inledande frågor

30. För att ge en bättre förståelse av bakgrunden till detta mål, i ett samhällsperspektiv, anser jag det nödvändigt att i korthet redogöra för de viktigaste (juridiska och faktiska) aspekterna av surrogatmoderskap¹².

31. Det finns olika typer av surrogatmoderskap. När det är fråga om ”traditionellt surrogatmoderskap” blir surrogatmodern (som hjälper det beställande paret¹³ att bli föräldrar genom att bära deras barn) gravid genom att hennes egna ägg befruktas av den beställande faderns spermier. Det finns även surrogatmoderskap där man använder provrörsbefruktning (IVF, in vitro fertilisation), varvid antingen den beställande moderns ägg eller en donators ägg befruktas (*host surrogacy* eller *gestational surrogacy*). I detta fall är surrogatmodern inte genetiskt besläktad med det barn hon bär.

32. Skälen för att använda surrogatmoderskap kan variera markant. I den ena änden av skalan finns det personer som använder denna metod av personliga skäl. I den andra änden finns det par som – av olika skäl förknippade med ofruktsamhet, sjukdom eller funktionshinder – inte kan få barn på traditionellt sätt. Surrogatmoderskap är också ett sätt för par av samma kön att uppfylla en önskan om att få ett barn som är besläktat med antingen den ena eller den andra avsedda föräldern.

33. Surrogatmoderskap leder inte bara till komplicerade juridiska frågeställningar avseende avtalsmässiga aspekter (såsom frågan huruvida det kan anses lagligt att avtala om surrogatmoderskap och i vilken omfattning surrogatmödrar kan motta ekonomiskt vederlag för den tjänst de utför). Andra komplicerade frågeställningar uppkommer när barnet är fött.

12 — För en översikt över surrogatmoderskap och de juridiska frågeställningar det aktualiserar, se exempelvis Trimmings, K., och Beaumont, P., ”General Report on Surrogacy”, i Trimmings, K., och Beaumont, P., (eds), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 439–549.

13 — Det ”beställande paret” är det par som får barn genom surrogatmoderskap. I vissa fall används även uttrycket ”avsedda föräldrar”.

34. Beroende på vilken medlemsstat som är berörd kan det faktum att ett barn föds genom surrogatmoderskap ge upphov till en rad komplexa rättsfrågor, såsom frågan om vilka som i juridiskt hänseende ska anses vara barnets rättmätiga föräldrar.¹⁴ En annan, mer specifik fråga, är hur det beställande paretts rättigheter ska fastställas. En annan närbesläktad frågeställning är i vilken omfattning förmåner, såsom betald mammaledighet eller adoptionsledighet, bör beviljas föräldrar som använder sig av surrogatmoderskap. Förutom i några undantagsfall förefaller det som om dessa och många andra frågor, vilka är förknippade med denna särskilda form för assisterad befruktning, återstår att regleras i många medlemsstater.

35. När det gäller gränsöverskridande surrogatmoderskap blir det ännu mer komplicerat, eftersom den gränsöverskridande faktorn ger upphov till ett antal svårlösta frågor, särskilt vad gäller familje- och invandringsstatus för de barn som föds genom denna metod. Det är vidare uppenbart att frågan om surrogatmoderskapets kommersiella natur är problematisk i huvuddelen av medlemsstaterna.¹⁵

36. I rättsordningar där surrogatmoderskap är lagligt – såsom i Ukraina och i Kalifornien, Förenta staterna – behandlas det beställande paret som barnets rättmätiga föräldrar i juridiskt hänseende. I nationell rätt i unionsmedlemsstaterna är det däremot inte ovanligt att den kvinna som föder barnet (och hennes make eller partner) skyddas. I sådana fall är det uppenbart att en strikt tillämpning av lagvalsregler, och särskilt politiska överväganden när beslut fattas om rättsställningen för det beställande paret och det barn som fötts genom surrogatmoderskapet, kan leda till en beklaglig avsaknad av rättslig reglering. Detta kan medföra att barnet inte anses ha några föräldrar och att dess rättsställning inte kan fastställas.¹⁶

37. Det står därmed klart att förevarande mål – liksom alla mål avseende surrogatmoderskap som ska avgöras mot bakgrund av det aktuella rättsläget – rör grundläggande frågor om avgränsning av socialt och kulturellt accepterade former av assisterad befruktning. I den meningen kan det bli svårt att skilja de ovan nämnda rättsfrågorna från surrogatmoderskapets politiska, etiska och kulturella sammanhang.

38. När detta är sagt vill jag framhålla att domstolen, i förevarande fall, endast har att uttala sig om huruvida de rättigheter som en kvinna som har fått sitt biologiska barn genom surrogatmoderskap har i fråga om betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet skyddas såsom *en del av unionsrätten*. Den nationella domstolen hyser tvivel när det gäller giltigheten av den här aktuella sekundärrätten, men jag anser att begäran om förhandsavgörande först och främst handlar om tolkning, nämligen den korrekta tolkningen av de aktuella sekundärrättsliga unionsbestämmelserna.

39. Den nationella domstolen vill i huvudsak få svar på två frågor. För det första, är det könsdiskriminerande och därmed förbjudet enligt direktiv 2006/54 att inte bevilja en mor som har fått sitt barn genom surrogatmoderskap betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet? För det andra, utgör detta beslut diskriminering på grund av funktionshinder enligt direktiv 2000/78, när den beställande modern lider av en sjukdom som innebär att hon inte kan föda barn?

14 — Detta är särskilt problematiskt när det gäller den beställande moderns rättigheter, vilket aktuell rättspraxis från High Court i Irland vittnar om. Se *M.R & Anor v An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91, som har överklagats till Supreme Court. I flera medlemsstater förefaller det som om den kvinna som föder barnet, med stöd av grundsatsen *mater semper certa est*, anses vara den rättmätiga modern i juridiskt hänseende, trots att barnet inte nödvändigtvis är hennes biologiska barn. Frågan om vilken status den biologiska fadern har kan dock vara mindre komplicerad. Faderns presumtion kan nämligen oftast motbevisas. För en översikt över de lösningar som valts i olika rättsordningar, se Monéger, F., (ed.), *Surrogate motherhood: XVIIIth Congress, Washington, D.C. 25–30 July 2010*, Société de législation comparée, Paris, 2011.

15 — Se, vad gäller internationellt kommersiellt surrogatmoderskap, Brugger, K., "International law in the gestational surrogacy debate", *Fordham International Law Journal*, 3(35) 2012, s. 665–697. Här kallas fenomenet, i starka ordalag, bland annat "den globala handeln med livmödrar" och "surrogatmoderskapsindustrin".

16 — Se exempelvis Trimmings, K., och Beaumont, P., *op.cit.*, s. 503–528. Se även Gamble, N., "International surrogacy law conference in Las Vegas 2011", *Family Law*, Februari 2012, s. 198–201, särskilt vad gäller angivna exempel.

40. För att dessa frågor ska kunna besvaras jakande krävs att direktiven är tillämpliga i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet. Därför måste tillämpningsområdet för de båda rättsakterna fastställas.

41. Av skäl som jag närmare kommer att redogöra för nedan anser jag inte att en rättighet till betald tjänstledighet för en kvinna som Z kan utläsas ur vare sig direktiv 2006/54 eller direktiv 2000/78. Jag kommer först att behandla direktiv 2006/54 (och direktiv 92/85, vilket särskilt avser frågan om mammaledighet enligt unionsrätten). Därefter kommer jag att behandla direktiv 2000/78.

B – Könsdiskriminering

1. Syftet med direktiv 92/85 med avseende på mammaledighet

42. Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida ett beslut att inte bevilja betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet, under sådana omständigheter som dem som föreligger i det nationella målet, utgör diskriminering som är förbjuden enligt direktiv 2006/54. Även om begäran om förhandsavgörande inte uttryckligen hänvisar till direktiv 92/85 anser jag att det är nödvändigt att inledningsvis klargöra omfattningen av det skydd som unionsrätten ger när det gäller mammaledighet. Anledningen härtill är att det i förevarande fall är fråga om huruvida en kvinna som får ett biologiskt barn genom surrogatmoderskap borde ges ett skydd som motsvarar det som enligt direktiv 92/85 ges en kvinna som föder ett barn.

43. I direktiv 92/85 regleras endast rätten till mammaledighet enligt unionsrätten.

44. Som Z själv har angett har hon inte varit gravid och inte heller fött barn på sätt som förutsätts i direktiv 92/85. När det gäller det skydd som ges i direktivet, vilket antogs med stöd av artikel 118a i EEG-fördraget (nu artikel 153 FEUF), står det klart att syftet med skyddet är att förbättra förhållandena när det gäller säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida¹⁷. Direktivet syftar helt enkelt till att skydda dessa arbetstagare med avseende på deras fysiska och mentala tillstånd. Detta framgår av åttonde skälet i direktivet, där det anges att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar är en särskilt utsatt riskgrupp och att det måste vidtas åtgärder till skydd för dessa arbetstagares säkerhet och hälsa.¹⁸

45. Dessutom framgår det klart av fjortonde skälet i direktiv 92/85, där det framhålls att arbetstagare som nyligen har fött barn är särskilt känsliga, i förening med artikel 8 i direktivet, vilken avser mammaledighet, att skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet i direktivet är avsett för kvinnor som föder ett barn. Det som föreskrivs är en rätt till mammaledighet ”under minst 14 veckor under tiden före eller efter *förlossningen*” (min kursivering). Målet med artikel 8 är således att skydda kvinnan under en period då hon är särskilt känslig, både före och efter förlossningen. I samma anda har domstolen framhållit denna aspekt av mammaledigheten genom att notera att mammaledighet, i motsats till föräldraledighet, syftar till att skydda kvinnans fysiska tillstånd och det speciella förhållandet mellan modern och hennes barn under den tid som följer efter graviditeten och förlossningen.¹⁹

17 — Se särskilt dom av den av den 26 februari 2008 i mål C-506/06, Mayr, REG 2008, s. I-1017, punkt 31.

18 — Se även generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag i målet Mayr (se punkt 17 ovan), punkterna 41 och 42.

19 — Dom av den 20 september 2007 i mål C-116/06, Kiiski, REG 2007, s. I-7643, punkt 46 och där angiven rättspraxis.

46. Mer generellt syftar direktiv 92/85 till att, bland annat genom mammaledighet, hjälpa kvinnliga arbetstagare att återhämta sig från den fysiska och mentala belastning som en graviditet och tiden efter förlossningen medför och att underlätta deras återvändande till arbetsmarknaden vid slutet av deras tjänstledighet. Direktivet fungerar därmed som ett medel för att stärka jämlikheten mellan könen.

47. När domstolen har uttalat sig om syftet med mammaledigheten enligt direktiv 92/85 har den visserligen även, som antytts ovan, fäst vikt vid det speciella förhållande som utvecklas mellan kvinnan och hennes barn efter födseln. Jag anser emellertid att detta syfte måste ses i sitt sammanhang, det vill säga som en logisk följd av en förlossning (och amning). Om detta syfte gavs självständig betydelse, skulle skyddsområdet enligt artikel 8 i direktivet, enligt min mening, inte på ett meningsfullt sätt kunna begränsas till att endast omfatta kvinnor som har fött barn, utan det skulle även omfatta adoptivmödrar eller andra föräldrar som till fullo sköter omvårdnaden om deras nyfödda barn.

48. Just av den anledningen att syftet att skydda känsliga arbetstagares hälsa och säkerhet uttrycks tydligt i direktivet, anser jag inte att det kan tolkas så, att det skyddar rätten till betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet för en mor som har fått ett biologiskt barn genom surrogatmoderskap. Z är visserligen biologisk mor till det barn som fötts genom surrogatmoderskapet, men jag är inte övertygad om att den omständigheten i sig kan leda till att tillämpningsområdet för direktiv 92/85 utvidgas – i strid med dess ordalydelse och klart uttalade syfte – till att skydda moderskap, eller föräldraskap, i allmänhet.

49. Det ska emellertid tilläggas att medlemsstaterna naturligtvis kan föreskriva ett mer omfattande skydd både för biologiska mödrar och för surrogat- och adoptivmödrar (och fäder), eftersom den skyddsnivå som säkerställs i direktiv 92/8 endast är ett skyddsminimum. Enligt min uppfattning förefaller det som om medlemsstaterna har stor handlingsfrihet och därmed, i tillägg till de typer av tjänstledighet som regleras i artikel 2 b i direktivet, vid behov kan föreskriva en rätt till betald tjänstledighet som även gäller arbetstagare som inte har fött barn.

50. Enligt den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet har beställande mödrar emellertid inte rätt till mammaledighet. Lagstiftningen kan därmed inte tolkas på så sätt, att den strider mot direktiv 92/85. Det beror helt enkelt på att Z inte ingår i den personkrets (*ratione personae*) på vilken direktivet är tillämpligt.

51. I denna del vill jag framhålla att ett utvidgande av tillämpningsområdet för direktiv 92/85 – och därmed ett utsträckande av rätten till betald tjänstledighet till att omfatta kvinnliga arbetstagare vars barn har fötts genom surrogatmoderskap – skulle ge upphov till en motsägelsefull situation. I så fall skulle direktiv 92/85 nämligen ge en kvinnlig arbetstagare som använt sig av surrogatmoderskap en rätt till betald tjänstledighet, medan en sådan rätt inte skulle gälla för en arbetande adoptivmor, eller för en far, oavsett om han har fått barn genom surrogatmoderskap eller på annat sätt. Såsom läget är för närvarande finns det inte någon unionsrättslig skyldighet för medlemsstaterna att föreskriva betald adoptionsledighet och/eller föräldraledighet.

52. Det framgår tydligt av artikel 1 i förening med åttonde skälet i direktiv 92/85 att direktivet endast omfattar en speciell kategori av arbetstagare, vilken unionslagstiftaren har ansett vara i behov av särskilt skydd. I detta avseende anser jag inte att en kvinna som använder sig av surrogatmoderskap kan jämföras med en kvinna som, efter att ha varit gravid och utsatts för den fysiska och mentala belastning detta innebär, föder ett barn.

53. Som den nationella domstolen har angett hindrar detta dock inte *i sig* att det föreligger skydd enligt direktiv 2006/54. Detta har domstolen bekräftat i sin dom i målet Mayr²⁰, vilket avser den tidsmässiga aspekten av begreppet graviditet när det är fråga om provrörsbefruktning.

2. Omfattas Z:s situation av direktiv 2006/54?

54. För att direktiv 2006/54 ska vara tillämpligt måste det visas att den särbehandling som påståtts föreligga grundar sig på kön. Till förtydligande av varför jag inte anser att så är fallet här ska jag först förklara varför detta mål skiljer sig från målet Mayr. Därefter kommer jag att behandla frågan om fastställande av ett korrekt jämförelseunderlag.

55. För det första ska det noteras att det i domstolens omfattande praxis görs skillnad mellan diskriminering på grund av graviditet och moderskap enligt artikel 2.2 c i direktiv 2006/54 och andra former av förbjuden könsdiskriminering enligt artikel 2.1 a eller 2.1 b i direktivet.²¹ Enligt grundsatsen ”lika fall ska behandlas lika”, eller omvänt ”olika fall ska behandlas olika”, godtas det att det vid fastställande av diskriminering på grund av graviditet och moderskap, till skillnad från vad som gäller för andra typer av könsdiskriminering, inte krävs ett jämförelseunderlag, eftersom villkoret graviditet eller moderskap är (köns)specifikt²².

56. När det gäller målet Mayr fann domstolen närmare bestämt att en arbetstagare som genomgår fertilitetsbehandling i form av provrörsbefruktning inte kan åberopa det skydd mot uppsägning som ges i direktiv 92/85, om de befruktade äggen ännu inte har inplanterats i hennes livmoder²³. Domstolen fann emellertid vidare att en sådan arbetstagare, trots att hon inte är gravid i den mening som avses i direktiv 92/85, ändå kan åberopa det skydd mot könsdiskriminering som ges i direktiv 76/207/EEG²⁴, vilket sedermera har ersatts av direktiv 2006/54.²⁵

57. Enligt domstolen utgör en uppsägning av en kvinnlig arbetstagare på grund av att hon genomgår en viss specifik behandling²⁶, som utgör ett betydelsefullt skede av en provrörsbefruktning och som det endast är kvinnor som är direkt involverade i, direkt diskriminering på grund av kön²⁷. Detta resonemang stammar från domstolens dom i målet Dekker²⁸, där domstolen fann att det endast är kvinnor som kan behandlas mindre förmånligt till följd av graviditet. Det förefaller som om domstolen i målet Mayr har utsträckt denna praxis, då den upprätthöll en skillnad mellan könsspecifik medicinsk behandling (som har samband med graviditeten) och könsspecifik sjukdom (som har samband med graviditeten men som inträffar efter avslutad mammaledighet).²⁹

20 — Se domen i målet Mayr (fotnot 17 ovan), punkt 44.

21 — Se, bland annat, dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl., REG 1996, s. I-475, punkt 17, av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, punkt 40, av den 30 mars 2004 i mål C-147/02, Alabaster, REG 2004, s. I-3101, punkt 46, av den 8 september 2005, C-191/03, McKenna, REG 2005, s. I-7631, punkt 50, av den 1 juli 2010 i mål C-471/08, Parviainen, REU 2010, s. I-6533, punkt 40. Domstolen har vid flera tillfällen framhållit att kvinnor som tar mammaledighet enligt direktiv 92/85 befinner sig i en särskild situation, som innebär att de ska ges ett särskilt skydd, och att denna situation inte kan likställas med situationen för en man eller för en kvinna som rent faktiskt arbetar eller är sjukskriven. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i de förenade målen C-512/11 and C-513/11, Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN, som ännu inte avgjorts av domstolen, punkterna 47 och 48.

22 — Se även skälen 23 och 24 i direktiv 2006/54.

23 — Domen i målet Mayr (fotnot 17 ovan), punkt 53.

24 — 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 (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1 s. 191).

25 — Domen i målet Mayr (fotnot 17 ovan), punkt 54.

26 — Nämligen att äggblåsor hos kvinnan punkteras och att de ägg som sugts ut förs in i kvinnans livmoder direkt efter det att de befruktats.

27 — Domen i målet Mayr (fotnot 17 ovan), punkt 50.

28 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker, REG 1990, s. I-3941, svensk specialutgåva volym 10, s. 555, punkt 12. Enligt domstolen utgör ett beslut att inte anställa en kvinna på den grunden att hon är gravid förbjuden diskriminering, eftersom endast kvinnor kan nekas anställning på grund av graviditet.

29 — Se särskilt domen målet McKenna (fotnot 21 ovan), punkterna 45–54 och där angiven rättspraxis. Gravida arbetstagare skyddas i själva verket, av just det skälet att de är gravida, under hela graviditeten och under mammaledigheten. Efter avslutad mammaledighet ska det emellertid avgöras huruvida en kvinnlig arbetstagare behandlas på samma sätt som en manlig arbetstagare med avseende på sjukfrånvaro. Om så är fallet föreligger ingen könsdiskriminering.

58. Den ståndpunkt som intogs i målet Mayr förefaller ha nära samband med målet med fertilitetsbehandling i form av provrörsbefruktning, vilket är att den berörda kvinnan ska bli gravid genom ett medicinskt ingrepp. Hänvisningen till att syftet med artikel 2.3³⁰ i direktiv 76/207 är att skydda kvinnor, och särskilt gravida arbetstagare, talar för att den förbjudna diskrimineringen i det målet grundade sig på det nära samband som finns mellan – å ena sidan – de (köns)specifika inslagen i den aktuella behandlingen, vilken endast kan utföras på kvinnor, och – å andra sidan – graviditet, som åtnjuter ett särskilt skydd enligt unionsrätten.³¹

59. Eftersom den mindre förmånliga behandling som Z påstår sig ha blivit föremål för inte grundar sig på att hon var, eller skulle bli, gravid genom en fertilitetsbehandling i form av provrörsbefruktning, utan på att hon är den kvinnliga föräldern till ett barn, anser jag det nödvändigt att utgå från ett jämförelseunderlag i form av en manlig arbetstagare.

60. Jag vill dessutom framhålla att det nationella målet, i motsats till målet Mayr, inte rör uppsägning. Det rör rätten till en särskild form av ersättning och avser därför närmare artikel 4 i direktiv 2006/54 (även om den nationella domstolen även hänvisar till artikel 14 i direktivet), vilken förbjuder all könsdiskriminering ”vid alla former och villkor för ersättning”.

61. I denna del har jag svårt att acceptera att Z har varit föremål för förbjuden könsdiskriminering.

62. I förefarande fall grundar sig den särbehandling som Z påstår sig ha drabbats av inte på kön, utan på nationella myndigheters beslut att inte jämställa en beställande moders situation med situationen för antingen en kvinna som har fött barn eller en adoptivmor. Härav följer att direktiv 2006/54 således inte är tillämpligt på den mindre förmånliga behandling som Z påstår sig ha blivit föremål för.

63. En manlig förälder till ett barn som fötts genom surrogatmoderskap (eller på annat sätt) skulle i själva verket behandlas på exakt samma sätt som Z i en jämförbar situation. Det får antas att han, på samma sätt som en kvinnlig beställande förälder, inte skulle ha rätt till betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet. Att tolka direktiv 2006/54 så, att det utgör hinder för att inte bevilja en kvinna som använder surrogatmoderskap betald tjänstledighet skulle, enligt min uppfattning, i sig strida mot principen om likabehandling. En sådan tolkning skulle ha motsatt verkan, genom att den skulle leda till diskriminering av män som blir föräldrar och till fullt ansvar för omvårdnaden av sina barn. Jag anser att en åtskillnad mellan könen som inte har samband med den särskilda fysiska och mentala belastning som det innebär att bära och föda ett barn även skulle utgöra en värdering när det gäller skillnaden i kvalitet mellan moderskap och föräldraskap i allmänhet.

64. I denna del skulle jag vilja argumentera för att en lämplig referensperson i förhållande till en kvinna som blir mor genom ett surrogatmoderskap, såsom Z själv har angett, är en adoptivmor (eller, i förekommande fall, en kvinnlig eller manlig förälder) som *inte* har fött något barn. Även om jag inte på något sätt vill förringa de svårigheter som är förbundna med att använda surrogatmoderskap (eller adoption) kan det konstateras att Z, liksom en adoptivmor, har blivit mor utan att ha utstått den fysiska och mentala belastning som det innebär att vara gravid och föda barn.

65. När det gäller adoption finns det inga bestämmelser i unionsrätten som föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja adoptivföräldrar betald tjänstledighet. I artikel 16 i direktiv 2006/54 föreskrivs endast skydd mot diskriminering av kvinnor eller män som väljer att ta adoptionsledighet eller faderskapsledighet i medlemsstater där det finns en rätt till sådan ledighet. Det framgår klart av artikel 16 i förening med skäl 27 i direktiv 2006/54 att diskriminering i den mening som avses i

30 — I den dåvarande artikel 2.3 föreskrevs att direktivet ”inte [skall] påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap”.

31 — Domen i målet Mayr (fotnot 17 ovan), punkt 51.

direktivet endast kan anses föreligga när det utövas en rättighet som finns enligt nationell rätt. Dessutom är medlemsstaterna, enligt direktivet, fria att vidta de åtgärder de anser lämpliga när det gäller dessa typer av tjänstledighet³². I det nationella målet har Z inte blivit föremål för någon mindre förmånlig behandling av det skälet att hon valde att ta adoptionsledighet.

66. Enligt min uppfattning är det emellertid inte uteslutet att det är fråga om särbehandling i förhållande till adoptivmödrar.

67. När det i nationell rätt finns föreskrifter om rätt till betald adoptionsledighet – eller någon annan form av ledighet, som inte är betingad av att den berörda personen har varit gravid – borde det ankomma på den nationella domstolen att bedöma huruvida tillämpningen av olika regler för adoptivföräldrar och föräldrar som har fått barn genom surrogatmoderskap (och som erkänns som barnets rättmätiga föräldrar) utgör diskriminering mot bakgrund av nationell rätt³³.

68. Sammanfattningsvis anser jag att direktiv 2006/54 inte kan tolkas så, att det utgör hinder för nationell lagstiftning som inte ger den biologiska modern till ett barn som fötts genom surrogatmoderskap rätt till betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet, eftersom den särbehandling som Z påstår sig ha blivit utsatt för inte utgör könsdiskriminering.³⁴

3. Primärrättens verkan

69. För det fall fråga 1 besvaras nekande har den nationella domstolen frågat huruvida direktiv 2006/54 strider mot artikel 3.3 FEU, artikel 8 FEU och artikel 157 FEUF samt artiklarna 21, 23, 33 och 34 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

70. För det första råder det inget tvivel om att de bestämmelser som den nationella domstolen hänvisat till, tillsammans med principen om likabehandling, kan ligga till grund för en prövning av sekundärrättsliga unionsbestämmelser.³⁵ Det ska emellertid noteras att artikel 3 FEU (där de allmänna målen för Europeiska unionen anges), och särskilt punkt 3 i denna artikel, samt artiklarna 8 FEUF och 157 FEUF i relevanta delar avser likabehandling mellan kvinnor och män. Med beaktande av den slutsats som dragits ovan, det vill säga att en rätt till betald tjänstledighet för beställande mödrar motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/85 och direktiv 2006/54, är det min uppfattning att det inte blir relevant att pröva huruvida direktiv 2006/54 är förenligt med de angivna fördragsbestämmelserna.

71. För det andra ska det, när det gäller de bestämmelser i stadgan (artiklarna 21, 23, 33 och 34) som den nationella domstolen hänvisat till, erinras om att bestämmelserna i stadgan, i enlighet med vad som anges i artikel 51.1 i densamma, endast riktar sig till medlemsstaterna när de implementerar EU-rätten. Med andra ord måste det, för att stadgan ska vara tillämplig, konstateras föreligga en tillräckligt nära koppling till EU-rätten. Därför räcker det inte att åberopa en bestämmelse i stadgan

32 — I detta hänseende begränsas medlemsstaternas skön av rådets direktiv 2010/18/EU av den 8 mars 2010 om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG (EUT L 68, s. 13). Enligt punkt 1 i § 2 i ramavtalet "[ges] män och kvinnor ... 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 upp till en bestämd ålder som får vara upp till åtta år och som ska fastställas av medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter".

33 — Domstolen har nyligen även slagit fast att tillämpningen av principen om likabehandling i unionsrätten inte kan utsträckas till att omfatta särbehandling av biologiska fäder i förhållande till adoptivfäder i nationell lagstiftning som inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde (se dom av den 19 september 2013 i mål C-5/12, Betriu Montull, punkterna 71–73).

34 — När detta är sagt kan direktiv 2006/54 emellertid trots allt vara tillämpligt i vissa särskilda fall. Så är fallet om en kvinna som har blivit mor genom ett surrogatmoderskap och som beviljats betald tjänstledighet enligt nationell rätt diskrimineras på den grunden att hon har utövat sin rätt till tjänstledighet, eller om en kvinna sägs upp huvudsaligen av den grunden att hon har blivit mor eller att hon har tagit sådan tjänstledighet. Sådan behandling är det emellertid inte fråga om i det nationella målet.

35 — Enligt en allmän tolkningsprincip bör en unionsrättsakt, så långt möjligt tolkas så, att dess giltighet inte påverkas och att den överensstämmer med primärrätten som helhet. Se, bland annat, dom av den 16 september 2010 i mål C-149/10, Chatzi, REU 2010, s. I-8489, punkt 43 och där angiven rättspraxis.

för att omvandla en situation som annars faller inom nationell rätt till en situation som omfattas av EU-rätten.³⁶ Anledningen härtill är att stadgan inte är tillämplig när ett mål endast rör en bestämmelse i stadgan, utan endast om målet även rör en annan unionsrättslig regel som är direkt relevant i målet.³⁷ Så som jag har försökt visa ovan finns det ingen sådan koppling i förevarande fall.

72. Jag vill även tillägga att stadgan, i enlighet med den princip som kommer till uttryck i artikel 51.2 i densamma, inte innebär någon utvidgning av tillämpningsområdet för unionsrätten utanför Europeiska unionens befogenheter. Vidare ”medför [stadgan] varken någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för [Europeiska] unionen och ändrar heller inte de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen”.

73. Stadgan (och primärrätten som helhet) måste utan tvivel iakttas när unionens sekundärrätt tolkas³⁸, men jag kan inte se hur de bestämmelser i stadgan som citerats av den nationella domstolen kan användas på ett sådant sätt att det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för direktiv 2006/54 utvidgas. Såsom angetts ovan består den diskriminering som Z har påstått att hon utsatts för i den omständigheten att hon inte behandlades på samma sätt som en kvinna som har fött ett barn (eller en adoptivmor). En sådan situation omfattas inte av direktivet. En specifik rättsakt som ger uttryck för lagstiftarens grundläggande val att öka jämställdheten mellan könen – i enlighet med artiklarna 21 och 23 i stadgan – kan helt enkelt inte, enbart genom att åberopa grundläggande rättigheter, tolkas så, att den omfattar andra (möjliga) former av diskriminering³⁹. Ett sådant val kan inte heller påverka giltigheten av direktiv 2006/54.

74. Det är visserligen riktigt att domstolen – då en viss situation (eller personkategori) omfattas av tillämpningsområdet för en unionsrättsakt – kan försöka avhjälpa den bristande överensstämmelsen mellan sekundärrätten och primärrätten genom en ”mycket teleologisk”⁴⁰ tolkning. En sådan tolkning gjorde domstolen i domen i målet *Sturgeon*⁴¹, där de relevanta bestämmelserna i förordning (EG) nr 261/2004⁴² tolkades mot bakgrund av den allmänna principen om likabehandling i syfte att utvidga tillämpningsområdet för det skydd som passagerare vars flygningar är försenade ges i denna förordning⁴³. En sådan tolkning kräver emellertid, till en början, att den påstådda särbehandlingen faller inom tillämpningsområdet för den aktuella rättsakten.⁴⁴ Så är inte fallet här.

36 — När det gäller nyligen avgjorda mål där domstolen, genom särskilt uppsatt beslut, har slagit fast att den saknar behörighet av det skälet att någon sådan koppling inte kunde konstateras föreligga, se bland annat beslut av den 12 juli 2012 i mål C-466/11, *Currà m.fl.*, och av den 7 mars 2013 i mål C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte m.fl.*. Se även dom av den 8 november 2012 i mål C-40/11, *Lida*, punkterna 78–81.

37 — Nyligen har en tillräckligt nära koppling till EU-rätten ansetts föreligga, bland annat i dom av den 26 februari 2013 i mål C-617/10, *Åkerberg Fransson* (se särskilt punkt 27), och i dom av den 21 december 2011 i de förenade målen C-411/10 och C-493/10, *N.S. m.fl.*, REU 2011, s. I-13905, punkt 68. För en motsatt slutsats, se domen i målet *Betriu Montull* (fotnot 33 ovan), punkt 72.

38 — Dom av den 5 oktober 2010 i mål C-400/10 *PPU, McB*, REU 2010, s. I-8965, punkterna 51 och 52, och dom av den 29 september 2011 i mål C-256/11, *Dereci*, REU 2011, s. I-11315, punkt 71. Om en bestämmelse i unionslagstiftningen inte kan tolkas i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter som gäller i unionen måste bestämmelsen förklaras ogiltig. Se dom av den 1 mars 2011 i mål C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl.*, REU 2011, s. I-773, punkterna 30–34.

39 — Se, för ett liknande resonemang, punkt 54 i generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i mål C-131/12, *Google Spain och Google*, som ännu inte avgjorts av domstolen.

40 — Generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i de förenade målen C-402/07 och C-432/07, *Sturgeon m.fl.*, där domstolen meddelade dom den 19 november 2009, (REG 2009, s. I-10923), punkt 91.

41 — *Ibidem*.

42 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 (EUT L 46, s. 1).

43 — Domen i målet *Sturgeon m.fl.* (fotnot 40 ovan), särskilt punkt 60.

44 — Se, i tillämpliga delar, dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, *Defrenne III*, REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127, punkt 24.

75. Såsom angetts ovan anser jag inte att de gällande bestämmelserna kan läsas på ett sådant sätt att de innebär en skyldighet att bevilja betald tjänstledighet i fråga om en kvinna som, såsom Z, har använt sig av surrogatmoderskap för att få ett barn. Unionsrätten innehåller uttryckliga bestämmelser om att kvinnor som har fött barn ska ha rätt till betald mammaledighet. När det gäller andra typer av tjänstledighet (särskilt adoptionsledighet och föräldraledighet) har medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och kan välja att vidta de åtgärder de anser lämpliga.

76. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att frågorna 1 och 2 ska besvaras enligt följande. Direktiv 2006/54 är inte tillämpligt i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, det vill säga när en kvinna, vars biologiska barn har fötts genom ett surrogatmoderskap, inte har beviljats betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet och/eller adoptionsledighet. Denna slutsats påverkar inte direktivets giltighet.

C – Diskriminering på grund av funktionshinder

1. Skydd enligt direktiv 2000/78

77. Frågorna 3, 4, 5 och 6 rör funktionshinder. Den nationella domstolen är närmare bestämt osäker på huruvida ett beslut att inte bevilja betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet eller adoptionsledighet utgör diskriminering på grund av funktionshinder enligt direktiv 2000/78. Anledningen härtill är att modern i fråga lider av en sjukdom som gör att hon inte kan genomgå en graviditet.

78. I detta hänseende önskar Equality Tribunal även klarhet i vilken vikt som ska tillmätas FN-konventionen vid tolkningen av direktiv 2000/78 och huruvida konventionen kan påverka giltigheten av direktivet (fråga 5). Fråga 4 gäller giltigheten av vissa primärrättsliga unionsbestämmelser.

79. Inledningsvis ska det noteras att domstolen redan har besvarat fråga 5 i sin nyligen meddelade dom i målet Ring⁴⁵. I denna dom fann domstolen att direktiv 2000/78 så långt möjligt måste tolkas i överensstämmelse med FN-konventionen⁴⁶. Enligt artikel 216.2 FEUF är internationella avtal som ingås av unionen bindande för unionens institutioner. De måste följaktligen ha företräde framför unionsrättsakter.⁴⁷

80. Eftersom direktiv 2000/78 är en sådan unionsrättsakt som hänvisar till FN-konventionen⁴⁸ – vilket inte har bestritts av någon av de parter som yttrat sig – är det uppenbart att konventionen utgör en oundgänglig parameter vid tolkningen av direktiv 2000/78.

81. När det gäller den andra frågeställning som väckts i fråga 5 och fråga 6, det vill säga frågan om det är möjligt att med framgång hävda att direktiv 2000/78 är oförenligt med FN-konventionen, framgår det av vedertagen rättspraxis att domstolen endast kan pröva giltigheten av sekundärrättsliga unionsbestämmelser mot bakgrund av ett internationellt avtal när det aktuella avtalets ”karaktär och

45 — Dom av den 11 april 2013 i de förenade målen C-335/11 och C-337/11, Ring.

46 — *Ibidem*, punkt 32.

47 — Dom av den 21 december 2011 i mål C-366/10, Air Transport Association of America m.fl., REU 2011, s. I-13755, punkt 50 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 22 november 2012 i de förenade målen C-320/11, C-330/11, C-382/11 and C-383/11, Digitalnet, punkt 39 och där angiven rättspraxis.

48 — Se även bilagan till rådets beslut 2010/48.

systematik” inte utgör hinder för detta och bestämmelserna i avtalet till sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa.⁴⁹ Såsom jag kommer att förklara i detalj nedan, anser jag inte att FN-konventionen, och närmare bestämt de bestämmelser som den nationella domstolen nämnt, kan utgöra grund för att bestrida giltigheten av direktiv 2000/78.

82. För att avgöra huruvida direktiv 2000/78 är tillämpligt på Z:s situation ska jag inledningsvis i korthet beskriva utvecklingen av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78. Därefter kommer jag att behandla frågan om direktivets tillämpningsområde.

a) Omfattas Z:s situation av begreppet funktionshinder i direktiv 2000/78?

83. Det är allmänt vedertaget att det finns (åtminstone) två olika definitioner av begreppet funktionshinder, det vill säga den medicinska (eller individuella) definitionen och den sociala definitionen.⁵⁰

84. I den medicinska definitionen läggs det särskild vikt tonvikt på individen och på den funktionsnedsättning som innebär begränsningar för den berörda personen i form av svårigheter att anpassa sig till eller integreras med omgivningen. I den sociala definitionen, där det tas hänsyn till sammanhanget, läggs det däremot vikt vid samspelet mellan de begränsningar som funktionsnedsättningen medför och samhällets reaktion, det vill säga hur samhället är anpassat för att tillmötesgå personer med funktionsnedsättningar. Enligt denna definition har begreppet funktionshinder en vidare räckvidd. Det är särskilt viktigt att notera att funktionshinder ska förstås i sitt sammanhang och i den enskilda situationen. En kronisk sjukdom som diabetes eller allergi kan exempelvis, beroende på omgivningen, utgöra ett funktionshinder.

85. FN-konventionen ger uttryck för den sociala begreppsmodellen när det gäller funktionshinder. I konventionen anges att funktionshinder ”härrör från samspel mellan personer med funktionsnedsättningar och hinder som är betingade av attityder och miljö, vilka motverkar deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”⁵¹. Enligt denna uppfattning uppkommer funktionshinder när omgivningen inte anpassar sig till och tillmötesgår de behov som personer med funktionsnedsättningar har⁵². Eftersom den sociala begreppsmodellen för funktionshinder går utöver vad som i mer traditionellt språkbruk kan förstås som funktionshinder (och inbegriper, bland annat, mentala funktionshinder) ger FN-konventionen otvivelaktigt ett mer robust och omfattande skydd mot diskriminering än vad som är fallet om man tillämpar en snäv, individbaserad definition. Enligt konventionen är funktionshinder nämligen ”i lika hög grad en produkt av omgivningen som ett medicinskt faktum”.⁵³

86. Mot bakgrund härav vill jag framhålla att begreppet funktionshinder har utvecklats betydligt i domstolens praxis när det gäller direktiv 2000/78.

49 — Dom av den 12 juli 2012 i mål C-59/11, Association Kokopelli, punkt 85 och där angiven rättspraxis.

50 — Se exempelvis Oliver, M., ”Understanding Disability: From Theory to Practice”, Palgrave Macmillan, Basingstoke: 2009 (andra utgåvan), särskilt s. 44–46.

51 — Punkt e i ingressen till FN-konventionen och artikel 1 i samma konvention.

52 — Se exempelvis Waddington, L., ”The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(18) 2011, s. 431–453, på s. 436.

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

87. Enligt domstolens dom i målet *Chacón Navas*⁵⁴ ska begreppet funktionshinder ges en självständig och enhetlig tolkning, inte bara för att säkerställa en enhetlig tillämpning av unionsrätten, utan även för att säkerställa att principen om likabehandling iakttas till fullo.⁵⁵ I det nämnda målet valde domstolen en utpräglad snäv definition av begreppet funktionshinder. Domstolen definierade nämligen begreppet som en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen från att delta i arbetslivet.⁵⁶

88. Domen i målet *Ring* ger otvivelaktigt uttryck för en ändring i domstolens praxis. I detta mål anpassades nämligen det EU-rättsliga begreppet funktionshinder till det begrepp som används i FN-konventionen.

89. Domstolen fann, med stöd av FN-konventionen, att funktionshinder måste anses utgöra ett ”begrepp under utveckling”. När det gäller just direktiv 2000/78 avses med begreppet ”en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare”.⁵⁷ Orsaken till funktionshindret (medfött, olycka eller sjukdom) är irrelevant men funktionsnedsättningen måste vara ”varaktig”.⁵⁸

90. Det förefaller dock finnas en nämnvärd skillnad mellan FN-konventionens definition och den definition som valdes i domen i målet *Ring*. I FN-konventionen hänvisas till deltagande i samhället i allmänhet, medan domstolens definition endast omfattar deltagande i *arbetslivet*.

91. Enligt min uppfattning beror denna skillnad på tillämpningsområdet för direktiv 2000/78. Den är därmed, i sista änden, oupplösligt förbunden med frågan om vad som omfattas av unionens behörighet och vad som faller utanför denna behörighet. Kärnfrågan är således denna: Begränsar den sjukdom som Z lider av hennes möjligheter att delta i arbetslivet?

92. I denna del ska det framhållas att syftet med direktiv 2000/78, såsom anges i artikel 1, är att fastställa en allmän ram för att bekämpa diskriminering i arbetslivet på någon av de grunder som anges i bestämmelsen. Bland dessa grunder finns funktionshinder. Såsom angetts ovan har detta begrepp sedermera definierats i domstolens praxis.⁵⁹

93. Det är uppenbart att en sjukdom som den som Z lider av kan utgöra en varaktig begränsning ”till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador”. Mot bakgrund av Z:s önskan om att få ett biologiskt barn är den sjukdom som hon lider av utan tvivel en källa till stor sorg. Denna funktionsnedsättning kan till och med, i enlighet med den bredare sociala förståelsen av begreppet funktionshinder som följer av FN-konventionen, i vissa fall motverka en persons fulla och verkliga deltagande i samhället.

94. Jag är emellertid inte övertygad om att direktiv 2000/78 är tillämplig på de särskilda omständigheterna i förevarande fall.

95. Jag anser inte att den sjukdom som Z lider av ”i samspel med olika hinder [motverkar] den berördes fulla och verkliga deltagande i *arbetslivet* på lika villkor som andra arbetstagare” i den mening som avses i domstolens praxis (min kursivering). Begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 ska visserligen, som domstolen har slagit fast, förstås utifrån

54 — Dom av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, *Chacón Navas*, REG 2006, s. I-6467.

55 — *Ibidem*, punkterna 40 och 41.

56 — *Ibidem*, punkt 43.

57 — Domen i målet *Ring* (fotnot 45 ovan), punkt 38.

58 — *Ibidem*, punkt 39.

59 — Domarna i målen *Chacón Navas* (fotnot 54 ovan), punkt 41, och *Ring* (fotnot 45 ovan), punkterna 38 och 39.

möjligheterna för den berörda personen att arbeta och att utöva yrkesverksamhet.⁶⁰ Detta framstår som förenligt med de mål som eftersträvas med direktivet, det vill säga att bekämpa diskriminering i arbetslivet och att därmed göra det möjligt för en funktionshindrad person att få tillträde till och att delta i arbetslivet.

96. Med andra ord måste frågan vad som utgör funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78, eftersom funktionshinder till sin natur måste ses i sitt sammanhang, prövas från fall till fall mot bakgrund av syftet bakom rättsakten. Följaktligen är frågan huruvida den aktuella funktionsnedsättningen – i samspel med vissa hinder, vilka kan vara fysiska eller bero på omgivningens attityder eller organisation – hindrar den berörda personen från att utöva yrkesverksamhet.

97. Även om det för en person som önskar ett biologiskt barn måste framstå som djupt orättvist att inte kunna få barn på traditionellt sätt anser jag inte att den existerande unionslagstiftningen kan tolkas så, att den omfattar situationer som inte är förbundna med den berörda personens möjlighet att arbeta.⁶¹ I detta hänseende ska det framhållas att begreppet funktionshinder i direktiv 2000/78 är funktionellt till sin natur. Enligt min mening måste det visas föreligga ett inbördes samband mellan en begränsande funktionsnedsättning och den berörda personens förmåga att arbeta, för att funktionsnedsättningen ska omfattas av tillämpningsområdet för direktivet. Ett sådant samband synes saknas i sådana situationer som den som är i fråga i det nationella målet.⁶² Det framgår inte av handlingarna i målet att den funktionsnedsättning som Z lider av skulle ha hindrat henne från att delta i arbetslivet.

98. Jag anser därmed att den mindre förmånliga behandling som Z påstår sig ha fått inte kan anses omfattas av tillämpningsområdet för artikel 5 i direktiv 2000/78.

99. För det fall domstolen skulle finna att direktiv 2000/78 är tillämpligt i den situation som är i fråga i det nationella målet vill jag emellertid göra följande tillägg avseende kravet på ”rimliga anpassningsåtgärder” i den mening som avses i artikel 5 i direktivet.

b) Rimliga anpassningsåtgärder: Avvägning mellan den funktionshindrade personens och arbetsgivarens intressen

100. Även om det skulle antas att den diskriminering som Z påstår sig ha utsatts för omfattas av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för direktiv 2000/78 kan jag inte se hur artikel 5 i direktivet skulle kunna tolkas så, att en arbetsgivare är skyldig att bevilja en anställd som Z *betald* tjänstledighet. Enligt den bestämmelsen är en arbetsgivare nämligen, under vissa villkor, skyldig att vidta rimliga anpassningsåtgärder för att göra det möjligt för en funktionshindrad person att få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet.

101. Ordalydelsen i artikel 5 eller skäl 20 i direktivet utesluter visserligen inte att artikel 5 tolkas så, att den kräver att betald tjänstledighet beviljas för att det ska vara fråga om rimliga anpassningsåtgärder.

102. Medan det i artikel 5 endast krävs att arbetstagarna vidtar ”de åtgärder som behövs i det konkreta fallet”, ges i skäl 20 en icke uttömmande förteckning över åtgärder som kan vara ändamålsenliga för att anpassa arbetsplatsen till funktionshindret. Denna förteckning inbegriper både organisatoriska åtgärder och åtgärder för att anpassa lokalerna till den funktionshindrade personens behov. Det står också klart

60 — Domen i målet Ring (fotnot 45 ovan), punkt 44.

61 — Det kan emellertid inte uteslutas att slutsatsen skulle bli en annan om Z exempelvis hade sagts upp på grunder som har att göra med hennes sjukdom eller om hon inte hade anställts på grund av funktionsnedsättningen.

62 — När det gäller förekomsten av ett sådant samband i fråga om körkort, se punkt 31 i generaladvokaten Bots förslag till avgörande i mål C-356/12, Glatzel, som ännu inte avgjorts av domstolen.

att frågan huruvida åtgärderna behövs och är ändamålsenliga måste avgöras från fall till fall.⁶³ Mot bakgrund av syftet med artikel 5 i direktiv 2000/78 – det vill säga att göra det möjligt för en funktionshindrad person att ta anställning och förbli yrkesverksam – ska bestämmelsen tolkas extensivt.⁶⁴

103. Rimliga anpassningsåtgärder i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 2000/78 – varvid uttrycket tolkats mot bakgrund av artikel 2 i FN-konventionen – kan medföra kostnader för arbetsgivaren (till följd av inredning av lokaler eller organisatoriska åtgärder). Jag vill emellertid framhålla att artikel 5 även föreskriver att sådana anpassningsåtgärder inte får medföra en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Enligt skäl 21 i direktivet bör särskild vikt fästas vid ”de ekonomiska och andra kostnader som åtgärderna medför, företagets storlek och ekonomiska resurser”

104. I denna del anser jag det fullt tänkbart att det i vissa fall kan anses ändamålsenligt att bevilja (obetald) tjänstledighet för att göra det möjligt för den aktuella funktionshindrade arbetstagaren att fortsätta sitt arbete och att utöva yrkesverksamhet i enlighet med syftet med direktiv 2000/78. Jag har dock svårt att godta att en skyldighet för arbetsgivaren att bevilja *betald* tjänstledighet skulle kunna utläsas ur artikel 5 i direktivet.

105. Logiken bakom kravet på rimliga anpassningsåtgärder är att det finns en önskan att säkerställa en skäligen avvägning mellan den funktionshindrades behov och arbetsgivarens behov.⁶⁵

106. I domen i målet Ring fann domstolen att en nedsättning av arbetstiden kan utgöra en rimlig anpassningsåtgärd enligt artikel 5 i direktiv 2000/78. Det har således godtagits att skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder kan inkräkta på arbetsgivarens frihet att bedriva sin verksamhet och innebära en ekonomisk belastning för denne.

107. Även om en nedsättning av arbetstiden utan tvivel kan utgöra en ekonomisk belastning för arbetsgivaren säkerställer denna åtgärd emellertid en rimlig avvägning mellan den anställdes intressen och arbetsgivarens intressen. Som motprestation till arbetsgivarens anpassningsåtgärd fortsätter ju arbetstagaren att bidra till företagets intjäning. Även om denna fråga inte uttryckligen togs upp i domen i målet Ring måste den anpassningsåtgärd som består i att sätta ned arbetstiden, för att avvägningen av de berörda intressena ska bli rimlig, nödvändigtvis innebära en motsvarande nedsättning av lönen för den berörda personen.

108. I motsats till en nedsättning av arbetstiden tillmötesgår ett beviljande av betald tjänstledighet endast den anställdes intressen. Till skillnad från vad som är fallet i den situation som beskrivits ovan innebär ett beviljande av betald tjänstledighet inte bara en avsevärd ekonomisk belastning för arbetsgivaren. Det kan *inte heller* säkerställa att den funktionshindrade arbetstagaren, som motprestation för den anpassning som gjorts, fortsätter att vara yrkesverksam. För att beviljande av betald tjänstledighet ska kunna likställas med nedsättning av arbetstiden måste det läggas till grund att den (funktionshindrade) arbetstagaren undantagslöst återvänder till arbetet efter tjänstledigheten. Det

63 — Se även artikel 2 i FN-konventionen, enligt vilken ”skälig anpassning” betyder ”nödvändiga och ändamålsenliga ändringar och anpassningar, som inte innebär en oproportionerlig eller omotiverad börda när så behövs i ett enskilt fall för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning på samma villkor som andra kan åtnjuta eller utöva alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter”

64 — För nyare rättspraxis, se dom av den 4 juli 2013 i mål C-312/11, kommissionen mot Italien, punkt 58. Se även domen i målet Ring (fotnot 45 ovan), punkt 56, och generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i sistnämnda mål, punkterna 54–57.

65 — Se även punkt 59 *in fine* i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Ring (fotnot 45 ovan), där följande anges: I direktiv 2000/78 ”krävs i detta avseende en lämplig balans mellan den funktionshindrade arbetstagarens intresse av stödåtgärder och arbetsgivarens intressen. Den senare är inte utan vidare tvungen att acceptera ingrepp i företagsorganisationen och ekonomiska förluster”.

kan inte heller uteslutas att ytterligare tjänstledighet kan bli nödvändig om den anställde beslutar att få fler barn genom samma metod. Mot bakgrund av de många betänkligheter som från arbetsgivarens synpunkt gör sig gällande för beviljande av betald tjänstledighet kan dessa åtgärder, enligt min mening, inte jämföras på ett meningsfullt sätt.⁶⁶

109. Det framstår inte heller som om det finns något direkt samband mellan den funktionsnedsättning som en kvinna som Z lider av och hennes behov av tjänstledighet. Kravet på rimliga anpassningsåtgärder innebär rent faktiskt att arbetsgivaren ska vidta åtgärder som underlättar tillträde till och deltagande i yrkesverksamhet.⁶⁷ Detta framgår av artikel 5 i direktiv 2000/78 i förening med skäl 20 i direktivet.

110. Anpassningen måste förstås vara lämplig i varje enskilt fall, men när det är fråga om åtgärder som inte har något klart samband med syftet att se till att de funktionshindrade personerna får tillgång till eller kan delta i arbetslivet kan artikel 5, enligt min mening, inte tolkas så, att den medför en skyldighet för arbetsgivaren att vidta åtgärderna. Så är fallet i det nationella målet. Det framgår av handlingarna i målet att behovet att ta ledigt från arbetet inte nödvändigtvis måste uppfyllas för att Z ska ges möjlighet att fortsatt utöva yrkesverksamhet, utan att det snarare är en följd av hennes beslut att skaffa barn genom surrogatmoderskap.

2. Verkan av primärrätten och internationell rätt

111. Frågorna 4, 5 och 6 avser giltigheten av direktiv 2008/78. Den nationella domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida direktivet är förenligt med artiklarna 10 FEUF och artiklarna 21, 26 och 34 i stadgan samt om det strider mot FN-konventionen.

112. Artikel 10 FEUF innehåller en allmän bestämmelse som ger uttryck för ett särskilt politiskt mål för Europeiska unionen, vilket är att bekämpa diskriminering på grund av, bland annat, funktionshinder. Detta mål eftersträvas även med direktiv 2000/78, vilket avser diskriminering i arbetslivet. Jag är av den uppfattningen att den primärrättsliga bestämmelsen inte medför några bestämda rättigheter eller skyldigheter varigenom giltigheten av direktiv 2000/78 skulle kunna ifrågasättas.

113. Eftersom direktiv 2000/78, enligt min mening, inte är tillämpligt på omständigheterna i det nationella målet hänvisar jag analogivis till mina överväganden avseende stadgan i punkterna 71–75 ovan.

66 — Enligt min mening kan en mer ändamålsenlig jämförelse göras med obetald tjänstledighet. Här är det fråga om en gradskillnad, inte en skillnad i typ. I likhet med nedsättning av arbetstid mottar den anställde inte lön för en period under vilken han eller hon slutar att utföra sina arbetsuppgifter. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att Z har haft möjlighet att ta ledigt från arbetet både före och efter barnets födelse.

67 — De aktuella anpassningsåtgärderna kan visserligen variera. Förutom de åtgärder som nämnts ovan (inredning av lokaler och organisatoriska åtgärder) kan anpassningen även bestå i en ändring av arbetsmönster och en särskild fördelning av uppgifter. När det exempelvis gäller depression kan arbetsgivaren vara tvungen att se till att de arbetstagare som lider d ärav inte utsätts för stress.

114. När det gäller frågan huruvida direktiv 2000/78 är förenligt med FN-konventionen ska det noteras att de skyldigheter som framgår av konventionen riktar sig till konventionsstaterna. Det är dessa stater som, vid behov, ska vidta rimliga åtgärder genom att anta lagstiftning för att säkerställa de rättigheter för funktionshindrade som föreskrivs i FN-konventionen.⁶⁸ Eftersom konventionen har formen av en programförklaring kan jag inte se att den innehåller någon bestämmelse som uppfyller ovannämnda krav att bestämmelsen ska vara ovillkorlig och tillräckligt precis och den kan därmed, enligt min mening, inte åberopas som stöd för att direktiv 2000/78 skulle vara ogiltigt.⁶⁹

115. Trots detta ska jag i korthet behandla de bestämmelser som den nationella domstolen nämnt.

116. För det första är artiklarna 5, 6 och 28 i FN-konventionen⁷⁰ inte särskilt inriktade på arbetslivet. I dessa artiklar anges de allmänna skyldigheter som konventionsstaterna har när det gäller säkerställande av att målen med FN-konventionen uppnås. Jag kan därför inte se hur dessa bestämmelser skulle kunna åberopas till stöd för ett påstående om att direktiv 2000/78 är ogiltigt.

117. För det andra föreskrivs i artikel 27.1 b i FN-konventionen att "[k]onventionsstaterna ska skydda och främja förverkligande av rätten till arbete, däribland för personer som förvärvar funktionsnedsättning under anställning, genom att vidta ändamålsenliga åtgärder, däribland lagstiftning, för att bl.a. ... skydda rätten för personer med funktionsnedsättning på samma villkor som andra till rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor, innefattande lika möjligheter och lika ersättning för arbete av lika värde ...".

118. Enligt denna bestämmelse kan konventionsstaterna således själva bestämma vilka åtgärder som ska vidtas. Europeiska unionens möjligheter att anta lagstiftning för att främja förverkligande av de rättigheter som följer av FN-konventionen begränsas därmed inte i artikel 27.1 b i konventionen.

119. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att frågorna 3, 4, 5 och 6 ska besvaras enligt följande. Direktiv 2000/78 är inte tillämpligt i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, det vill säga då en kvinna som lider av en sjukdom som innebär att hon inte kan genomgå en graviditet och vars biologiska barn har fötts genom surrogatmoderskap, inte har beviljats betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet och/eller adoptionsledighet. Denna slutsats påverkar inte direktivets giltighet.

68 — Se särskilt artikel 4 i FN-konventionen, där det – under rubriken "Allmänna åtaganden" – anges "att [k]onventionsstaterna åtar sig att säkerställa och främja fullt förverkligande av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla personer med funktionsnedsättning utan diskriminering av något slag på grund av funktionsnedsättning". I denna bestämmelse anges även ett antal åtgärder som ska vidtas för att uppnå målen med FN-konventionen.

69 — Det är därför inte nödvändigt att fastställa huruvida domstolen, mot bakgrund av konventionens "karaktär och systematik", kan pröva giltigheten av direktiv 2000/78.

70 — I artikel 5 föreskrivs, bland annat, att konventionsstaterna "ska förbjuda all diskriminering på grund av funktionsnedsättning och garantera personer med funktionsnedsättning lika och effektivt rättsligt skydd mot diskriminering på alla grunder" och att de ska "vidta alla ändamålsenliga åtgärder för att säkerställa att skälig anpassning tillhandahålls". I artikel 6 anges särskilt att konventionsstaterna erkänner att kvinnor och flickor med funktionsnedsättning är utsatta för flerfaldig diskriminering och att de därför ska "vidta åtgärder för att säkerställa att de fullt och likaberättigat åtnjuter alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter". I artikel 28.2 b anges att konventionsstaterna erkänner rätten för personer med funktionsnedsättning att åtnjuta social trygghet utan diskriminering och att konventionsstaterna är skyldiga att trygga denna rätt och främja att den förverkligas, bland annat genom "att för personer med funktionsnedsättning, särskilt kvinnor och flickor, och för äldre personer med funktionsnedsättning säkerställa tillgång till sociala trygghetsprogram och fattigdomsbekämpningsprogram".

D – Avslutande synpunkter

120. Oaktat den slutsats som jag dragit ovan har jag stor sympati för de svårigheter beställande föräldrar utan tvivel ställs inför på grund av den rättsosäkerhet som i flera medlemsstater föreligger när det gäller surrogatmoderskap. Jag anser emellertid inte att domstolen ska träda i lagstiftarens ställe genom att göra en konstruktiv tolkning som skulle innebära att direktiv 2006/54 och direktiv 2000/78 fick en innebörd som de i själva verket inte har. Detta skulle, enligt min mening, utgöra ett intrång på lagstiftarens område.

121. Om det i rättspraxis fastställdes en rätt till betald tjänstledighet skulle detta innebära att domstolen tog ställning i en etisk fråga, som ännu inte har varit föremål för något lagstiftningsförfarande. Skulle det anses social önskvärt att utvidga skyddsområdet när det gäller mammaledighet eller adoptionsledighet (eller att skapa en särskild typ av ledighet för surrogatmoderskap) ankommer det på medlemsstaterna och/eller unionslagstiftaren att vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder för att nå detta mål.

IV – Förslag till avgörande

122. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Equality Tribunal ställt enligt följande:

- 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 (omarbetning) är inte tillämpligt i en sådan situation då en kvinna, vars biologiska barn fötts genom surrogatmoderskap, inte beviljats betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet och/eller adoptionsledighet.

Vid prövningen av de frågor som ställts har det inte framkommit några omständigheter som kan påverka giltigheten av direktiv 2006/54.

- Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet är inte tillämpligt i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, det vill säga då en kvinna som lider av en sjukdom som innebär att hon inte kan genomgå en graviditet och vars biologiska barn har fötts genom surrogatmoderskap, inte har beviljats betald tjänstledighet motsvarande mammaledighet och/eller adoptionsledighet.

Vid prövningen av de frågor som ställts har det inte framkommit några omständigheter som kan påverka giltigheten av direktiv 2000/78.