FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 22 maj 2008 [1]

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Bundesarbeitsgericht (den federala arbetsdomstolen), Tyskland, rör ett villkor i ett avtal om tjänstepension genom vilket en efterlevande make/maka till en privatanställd som avlider i tjänsten inte har rätt till efterlevandepension om han/hon är mer än 15 år yngre än den avlidne anställde. Bundesarbeitsgericht har frågat domstolen huruvida ett sådant villkor strider mot den allmänna principen om förbud mot åldersdiskriminering som domstolen fastslog i domen i målet Mangold [2] och har bett domstolen att ytterligare klargöra villkoren för tillämpning av denna princip.

Gemenskapsrättsliga bestämmelser

Fördraget om Europeiska unionen

2. Artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen har följande lydelse:

”1. Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna.

2. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna … och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

…”.

EG-fördraget

3. Artikel 13 EG, som infördes genom Amsterdamfördraget, har följande lydelse:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i detta fördrag

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981). Utgångspunkten att den principen utgör fast rättspraxis har direkt ifrågasatts av Förenade kungariket, och något mer indirekt av Tyskland och Nederländerna. Se punkt 29 nedan.

och inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen, kan rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

2. …”.

Direktiv 2000/78 [3]

4. I skälen i direktiv 2000/78 hänvisas det till artikel 6.1 EU och 6.2 EU [4] och anges en rad internationella instrument i vilka de grundläggande rättigheterna till likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering för alla och envar har erkänts. [5] När det gäller åldersdiskriminering hänvisas till att Europeiska gemenskapens stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare [6] syftar till social och ekonomisk integration av äldre och personer med funktionshinder och att det i Riktlinjerna för sysselsättningen under år 2000 som godkänts av Europeiska rådet i Helsingfors den 10–11 december 1999 understryks att särskild vikt ska fästas vid stöd till äldre arbetstagare så att de i högre grad ska kunna delta i arbetslivet. [7]

5. I skäl 25 behandlas specifikt möjligheten till särbehandling på grund av ålder. Det har följande lydelse:

”Förbudet mot åldersdiskriminering är en viktig faktor för att uppnå de mål som fastställs genom riktlinjerna för sysselsättning och för att uppmuntra mångfald inom sysselsättningen. Särbehandling på grund av ålder kan dock motiveras under vissa förhållanden och kräver alltså särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna. Det är följaktligen mycket viktigt att göra en skillnad mellan berättigad särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden.”

6. I artikel 1 anges att syftet med direktivet är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på de grunder

3 — 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. Rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42). Direktiv 2000/78 är ett av två genomförandedirektiv som antagits med stöd av artikel 13 EG. Det andra är rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, s. 22) (rasdiskrimineringsdirektivet).

4 — Skäl 1.

5 — Skäl 4, som hänvisar till den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna antagen av Förenta nationernas generalförsamling i resolution 217 A (III) av den 10 december 1948, Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen om mänskliga rättigheter) och Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 111 om diskriminering (anställning och arbetsliv), antagen den 25 juni 1958.

6 — Antagen av Europeiska rådet i Strasbourg den 9 december 1989.

7 — Skälen 6 och 8.

som direktivet omfattar, för att principen om likabehandling ska kunna genomföras.

7. I artikel 2.1 föreskrivs följande: ”I detta direktiv avses med principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1.”

8. Enligt artikel 2.2 a ska ”direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”. Enligt artikel 2.2 b ska ”indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med … [bland annat] en viss ålder … jämfört med andra personer, om inte i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, …”.

9. Enligt artikel 3.1 ska direktivet tillämpas på ”alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om … c) [a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive … löner”.

10. I artikel 6.1 behandlas skäl för särbehandling på grund av ålder enligt följande:

”Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga.”

I styckena a–c anges exempel på sådan särbehandling. Bland dessa ingår, under särskilt angivna förhållanden, införande av särskilda villkor för ungdomar och äldre arbetstagare, fastställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid, och fastställande av en högsta åldersgräns för rekrytering.

11. Artikel 6.2 ger medlemsstaterna möjlighet att, utan hinder av artikel 2.2, föreskriva att fastställande av åldersgräns för företags- och yrkesbaserade system för social trygghet och tillämpningen, inom ramen för dessa system, av ålderskriterier för försäkringstekniska beräkningar inte utgör diskriminering på grund av ålder, under förutsättning att detta inte leder till diskriminering på grund av kön.

12. I artikel 18 föreskrivs att medlemsstaterna ska ha införlivat direktiv 2000/78 senast den 2 december 2003. Medlemsstaterna hade emellertid rätt att förlänga denna frist med tre år för att genomföra bestämmelserna i detta direktiv om diskriminering på grund av ålder och funktionshinder. Tyskland använde sig av denna möjlighet och hade därmed till den 2 december 2006 på sig att införliva dessa bestämmelser i nationell lagstiftning.

De omtvistade riktlinjerna [8]

13. Svaranden i målet vid den nationella domstolen handhar tjänstepensionssystemet för Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (BSH). [9] I 6 § i riktlinjerna för systemet (riktlinjerna) anges villkoren för ålderspension. Enligt 6 § fjärde stycket ska pension betalas ut till änkan/änklingen till en arbetstagare som avlidit under tiden denne var anställd, om vissa villkor är uppfyllda. Pension utgår emellertid inte om ”änkan/änklingen är mer än 15 år yngre än den avlidne …” (åldersskillnadsvillkoret).

Målet vid den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

14. Birgit Bartsch, kärande i målet vid den nationella domstolen, föddes år 1965. Hon är änka efter Max Hubert Bartsch, som föddes år 1944 och dog år 2004, när han var anställd av BSH. Villkoren i 6 § fjärde stycket för att hon skulle få änkepension var uppfyllda, förutom åldersskillnadsvillkoret.

15. Birgit Bartsch fick avslag på sin pensionsansökan till BSH. Hennes talan

8 — Riktlinjer för Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH av den 1 januari 1984 i dess lydelse av den 1 april 1992.

9 — I detta förslag till avgörande använder jag förkortningen BSH för att hänvisa till såväl svaranden i målet vid den nationella domstolen (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) som företaget Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

vid Arbeitsgericht (arbetsdomstolen) ogillades, och Landesarbeitsgericht (den regionala arbetsdomstolen) avslog hennes överklagande.

16. I överklagandet till den hänskjutande domstolen hävdade Birgit Bartsch bland annat att åldersskillnadsvillkoret stred mot likabehandlingsprincipen och därmed var ogiltigt.

17. Enligt den hänskjutande domstolen kan Birgit Bartsch talan inte vinna bifall enligt nationell rätt. Även om den allmänna likabehandlingsprincipen är erkänd i tysk arbetsrätt anses åldersskillnadsvillkoret grunda sig på godtagbara skäl, nämligen en begränsning av de risker som följer av frivilliga pensionssystem och syftet att göra sådana risker lättare att kvantifiera. [10] Dessa skäl har en stark koppling till åldersskillnadsvillkoret.

18. Den hänskjutande domstolen har emellertid ställt sig frågan huruvida de begränsningar som den allmänna likabehandlingsprincipen enligt tysk arbetsrätt är förenad med kan anses förenliga med principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder såsom den fastslagits av domstolen i domen i målet Mangold.

19. Den hänskjutande domstolen är utifrån domen i det ovannämnda målet Mangold tveksam till huruvida den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder gäller oavsett om situationen har något samband med gemenskapsrätten. Om så inte är fallet önskar den få klarhet i huruvida ett sådant samband följer av antingen artikel 13 EG eller från direktiv 2000/78, även om de händelser som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande inträffade innan tidsfristen för införlivande av det direktivet löpte ut. [11]

20. Den hänskjutande domstolen har anmärkt att eftersom domen i det ovannämnda målet Mangold gavs i ett förfarande mellan enskilda förefaller principen vara ”horisontellt” tillämplig i sådana tvister. Domen i det ovannämnda målet Mangold rörde emellertid ett i nationell lagstiftning angivet undantag från förbudet mot diskriminering på grund av ålder. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida principen endast är horisontellt tillämplig med avseende på sådana undantagsbestämmelser.

10 — I punkt 107 i detta förslag till avgörande anger jag en mindre omtolkning av den motivering som föreslagits av den hänskjutande domstolen.

11 — Jag kommer att omformulera denna fråga i punkt 27 nedan.

21. För det fall principen är tillämplig gäller den enligt den hänskjutande domstolen till förmån för den avlidne arbetstagaren, och inte den efterlevande. Den anser att åldersskillnadsvillkoret kan ge upphov till indirekt åldersdiskriminering, på så sätt att sannolikheten för att en arbetstagare påverkas ökar med hans eller hennes ålder. Om så är fallet anser den hänskjutande domstolen att skälen för en sådan klausul, som är tillåten enligt tysk rätt, även gäller enligt gemenskapsrätten.

22. Slutligen har den hänskjutande domstolen, mot bakgrund av tjänstepensionssystemens art, ifrågasatt i vilken utsträckning den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder ska ha retroaktiv verkan.

23. Den hänskjutande domstolen har därför ställt följande frågor till domstolen:

”1. a) Innehåller gemenskapens primärrätt ett förbud mot diskriminering på grund av ålder vars iakttagande de nationella domstolarna ska säkerställa även när den eventuella diskrimineringen inte har någon anknytning till gemenskapsrätten?

b) För det fall punkt a i denna fråga besvaras nekande, uppstår då en sådan gemenskapsrättslig anknytning genom artikel 13 EG eller – redan även [innan] införlivandefristen har löpt ut – genom [direktiv 2000/78]?

2. Är ett gemenskapsrättsligt förbud mot diskriminering på grund av ålder som följer av svaret på den första frågan också tillämpligt mellan privata arbetsgivare, å ena sidan, och deras arbetstagare eller tjänstepensionärer och deras efterlevande, å andra sidan?

3. För det fall den andra frågan besvaras jakande:

a) Omfattas en bestämmelse om tjänstepension, enligt vilken en efterlevande maka/make inte beviljas efterlevandepension när han/hon är mer än 15 år yngre än den avlidne tidigare arbetstagaren, av ett sådant förbud mot diskriminering på grund av ålder?

b) För det fall punkt a i denna fråga besvaras jakande, kan då en sådan bestämmelse vara befogad med hänsyn till att det ligger i arbetsgivarens intresse att begränsa de risker som följer av tjänstepensionen?

c) För det fall punkt b i den tredje frågan besvaras nekande, har då det eventuella förbudet mot diskriminering på grund av ålder en obegränsad retroaktiv verkan på bestämmelserna om tjänstepensioner eller är det begränsat med avseende på förfluten tid och, om så är fallet, på vilket sätt?”

24. BSH, Tyskland, Förenade kungariket och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter och Nederländerna yttrade sig vid förhandlingen den 10 oktober 2007.

25. På Förenade kungarikets begäran handläggs målet på stora avdelningen.

Första frågan

26. Fråga 1 a har ställts för att få klarhet i huruvida gemenskapsrätten förbjuder åldersdiskriminering även när den eventuella diskrimineringen saknar anknytning till gemenskapsrätten.

27. Den frågan bör ges ett mer omfattande svar i tre steg. För det första – finns det en allmän gemenskapsrättslig princip som specifikt förbjuder åldersdiskriminering? För det andra – om så är fallet, kan den tillämpas även när den situation som leder fram till begäran om förhandsavgörande inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde (fråga 1 a)? För det tredje – omfattas den situation som gett upphov till begäran om förhandsavgörande av gemenskapsrätten (fråga 1 b)?

Domen i det ovannämnda målet Mangold och dess efterföljare

28. Av begäran om förhandsavgörande framgår att den hänskjutande domstolens frågor grundar sig på förutsättningen, vilken den härlett från domen i det ovannämnda målet Mangold, att det finns en allmän gemenskapsrättslig princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder.

29. Förenade kungariket har ifrågasatt den utgångspunkten och gjort gällande att varken folkrättsliga instrument eller medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner utgör någon tillräcklig grund för erkännande av en sådan princip. Den uppenbara avsikten hos upphovsmännen till artikel 13 EG att ge gemenskapslagstiftaren behörighet att besluta om åtgärder för att bekämpa bland annat åldersdiskriminering visar att det inte finns någon sådan princip. BSH har på ett liknande sätt ifrågasatt huruvida det finns tillräcklig grund för att fastslå att det finns en allmän princip om förbud mot åldersdiskriminering. Tyskland har anfört att en sådan princip skulle medföra att det blev överflödigt att utfärda och genomföra direktiv 2000/78. Vid förhandlingen gav Nederländerna sitt stöd till vad Tyskland och Förenade kungariket anfört i sina skriftliga inlagor.

30. I domen i det ovannämnda målet Mangold uttalade domstolen att direktiv 2000/78 inte i sig etablerar principen om likabehandling i arbetslivet. Snarare fastställs i direktivet en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet av sådana skäl som anges i direktivet, medan ”själva principen om förbud mot dessa former av diskriminering har sitt ursprung, liksom det framgår av skälen 1 och 4 i samma direktiv, i diverse internationella överenskommelser och i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner”.[12] Domstolen uttalade därefter följande:

”75. Principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder skall således anses vara en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten. När följaktligen nationella bestämmelser omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde, vilket är fallet med [den ifrågavarande nationella bestämmelsen] eftersom den utgör en åtgärd för att genomföra direktiv 1999/70[13] … skall domstolen när förhandsavgörande har begärts, tillhandahålla samtliga uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som är nödvändiga för att den nationella domstolen skall kunna avgöra huruvida dessa bestämmelser är förenliga med en sådan princip …

12 — Punkt 74. I domens engelska språkversion hänvisas det felaktigt till tredje skälet, och inte det första.

13 — Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (EGT L 175, s. 43).

76. Följaktligen kan inte respekten för den allmänna principen om likabehandling, särskilt på grund av ålder, som sådan vara beroende av att medlemsstaternas frist för införlivande av ett direktiv som har till syfte att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering på grund av ålder har löpt ut …

77. Det ankommer under dessa omständigheter på den nationella domstolen, i en tvist som rör principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, att inom ramen för sin behörighet säkerställa det rättsliga skydd som enskilda tillerkänns enligt gemenskapsbestämmelserna och säkerställa att dessa får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten …

78. … Det ankommer på den nationella domstolen att säkerställa att den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten, även om införlivandefristen för nämnda direktiv [direktiv 2000/78] inte har löpt ut.”

31. Domen i det ovannämnda målet Mangold har gett upphov till viss kritik från akademiskt håll. Kritiken har allmänt gått ut på att domstolen (på eget initiativ, utan goda skäl och i strid med lagstiftarens vilja) utökade tillämpningsområdet för ett direktiv [14] så att det fick rättsverkningar innan tidsfristen för införlivande hade löpt ut och i horisontella relationer, genom en innovativ hänvisning till en allmän gemenskapsrättslig princip. [15] En rad författare har således menat att domstolen underminerat syftet med gemenskapsrättens direkta effekt. [16] Domen har vidare kritiserats för att ha gett upphov till en avsevärd rättsosäkerhet. [17]

32. Fyra generaladvokater har lämnat synpunkter på domen i det ovannämnda målet Mangold.

14 — Se, till exempel, Cavallini, J., ”De la suppression des restrictions à la conclusion d’un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior”, *La semaine juridique Social* 2005, sidorna 25–28; Dubos, O., ”La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l’invocabilité des directives: de l’apostasie à l’hérésie?”, *La Semaine juridique* 2006, sidorna 1295–1297; LeClerc, O., ”Le contrat de travail des seniors à l’épreuve du droit communautaire”, *Recueil Dalloz* 2006, sidorna 557–561; Nicolella, M., ”Une application anticipée des directives non transposées?”, *Gazette du palais* 2006, s. 22; Dubout, E., angående domen i målet Mangold i *Revue des affaires européennes* 2005, sidorna 723–733; Masson, A., and Micheau, C., ”The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy”, *European Public Law* 2007, sidorna 587–593; Editorial Comments, *Common Market Law Review* 2006, sidorna 1–8.

15 — Se, till exempel, Riesenhuber, K., rättsfallskommentar i *European Review of Contract Law* 2007, s. 62; Swift, J., ”Pale, stale, male”, *New Law Journal* 2007, sidorna 532–534; ovan angivna Editorial Comments, *Common Market Law Review*. Detta ses positivt från ett rättighetsperspektiv i Schiek,D., ”The EGJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation”, *Industrial Law Journal* 2006, sidorna 329–341.

16 — Se, till exempel, Cavallini, Dubos, Editorial Comments, *Common Market Law Review*, fotnot 14 ovan.

17 — Se, till exempel, Swift, Cavallini, Nicolella, Dubout, Masson/Micheau (samtliga angivna i fotnoterna 14 och 15 ovan); Martin, D.: ”L’arrêt Mangold – Vers une hiérarchie inversée du droit à l’égalité en droit communautaire?”, *Journal des tribunaux du travail* 2006, sidorna 109–116.

33. I domen i målet Chacón Navas [18] pekade generaladvokaten Geelhoed på de potentiellt långtgående ekonomiska verkningarna av anspråk på likabehandling grundade på förbuden i artikel 13 EG. Tolkningen av åtgärder grundade på artikel 13 EG kan inte utvidgas genom hänvisning till ”de befogenheter som fördraget ger gemenskapen” i den artikeln, och än mindre genom en allmän hänvisning till principen om likabehandling. En sådan tillämpning skulle kollidera med de beslut som medlemsstaterna fattat vid utövandet av de befogenheter de alltjämt har. Han förespråkade mot den bakgrunden en snävare tolkning än domstolens i domen i det ovannämnda målet Mangold.

34. Inför domen i målet Lindorfer [19] föreslog jag att det förbud mot diskriminering på grund av ålder som domstolen tillämpat i domen i det ovannämnda målet Mangold skulle anses utgöra ett särskilt uttryck för den allmänna rätten till likhet inför lagen. Jag anså mot den bakgrunden att domen i det ovannämnda målet Mangold skulle förstås så, att diskriminering på grund av ålder alltid hade varit förbjuden genom den allmänna likabehandlingsprincipen och att det genom direktiv 2000/78 hade införts en specifik, detaljerad ram för att handha en sådan form (och andra former) av diskriminering. Jag kommer att utveckla denna tolkning ytterligare nedan.

35. Generaladvokaten Mazák uttryckte omfattande kritik av domen i det ovannämnda målet Mangold inför domen i målet Palacios de la Villa. [20] Han anmärkte att de folkrättsliga instrument och författningstraditioner som det hänvisades till i domen i det ovannämnda målet Mangold innefattade en allmän likabehandlingsprincip, men att det var en djärv ståndpunkt och ett betydande steg att från denna sluta sig till förekomsten av en specifik princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder. En allmän likabehandlingsprincip kan *potentiellt* innebära ett förbud mot diskriminering på alla grunder som kan bedömas vara oacceptabla, också att specifika förbud sålunda utgör särskilda uttryck för denna allmänna princip. Det är emellertid en helt annan sak att utifrån den allmänna likabehandlingsprincipen sluta sig till förekomsten av ett förbud mot diskriminering på en specifik grund, och skälen för att göra det är långt ifrån övertygande. Vidare återspeglar varken artikel 13 EG eller direktiv 2000/78 med nödvändighet något redan existerande förbud mot alla former av diskriminering till vilka de hänvisar. Den bakomliggande avsikten var snarare i båda fallen att lämna utrymme för gemenskapslagstiftaren och medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder i detta syfte. Detta är även vad domstolen förefaller att anse i domen i målet Grant, [21] i vilken den fastslog att gemenskapsrätten då inte omfattade diskriminering på grund av sexuell läggning.

36. Senast har generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer inför domen i målet

18 — Dom av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, Chacón Navas (REG 2006, s. I-6467), punkterna 46–56 i förslaget till avgörande.

19 — Dom av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer (REG 2007, s. I-6767), i synnerhet punkterna 52–58 i förslaget till avgörande.

20 — Dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa (REG 2007, s. I-8531), i synnerhet punkterna 87–97 och punkterna 132–138 i förslaget till avgörande.

21 — Dom av den 17 februari 1998 i mål C-249/96, Grant (REG 1998, s. I-621).

Maruko [22] intagit ståndpunkten att den ”grundläggande karaktären” av rätten att inte diskrimineras på grund av sin sexuella läggning är av ett annat slag än det till vilket domstolen hänförde principen om förbud mot åldersdiskriminering i domen i det ovannämnda målet Mangold.

37. Domstolen har nu meddelat dom i dessa fyra mål. Trots (eller möjligen mot bakgrund av) vad dess generaladvokater anfört har den inte omprövat – eller ens nämnt – sin bedömning i domen i det ovannämnda målet Mangold avseende förekomsten av en allmän gemenskapsrättslig princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder.

38. I domen i det ovannämnda målet Lindorfer hade domstolen återupptagit det muntliga förfarandet och genomförde en ny förhandling vid vilken parterna ombads yttra sig om bland annat omfattningen av principen om förbud mot åldersdiskriminering inom ramen för beräkningen av försäkringstekniska värden vid överföring av intjänade rättigheter i nationella pensionssystem till gemenskapens pensionssystem. Icke desto mindre avgjorde domstolen målet enbart utifrån bestämmelser om könsdiskriminering. Det är mindre förvånande att domstolen inte nämnde åldersdiskriminering i domarna i de ovannämnda målen Chacón Navas och Maruko, vilka rörde diskriminering av funktionshindrade respektive diskriminering på grund av sexuell läggning.

39. Domen i det ovannämnda målet Palacios de la Villa rörde diskriminering på grund av ålder. Domstolen fastställde där först att den ifrågavarande nationella lagstiftningen (enligt vilken den omständigheten att en arbetstagare uppnått den i denna lagstiftning stadgade pensionsåldern automatiskt medförde att hans anställningsavtal upphörde) ledde till en skillnad i behandling som direkt grundade sig på ålder. Domstolen uttalade därefter att direktiv 2000/78, för vilket tidsfristen för införlivande löpt ut vid den relevanta tidpunkten, var tillämpligt på de omständigheter som låg till grund för tvisten vid den nationella domstolen. Domstolen kunde därmed avgöra målet med hänvisning till direktivet. Domstolen fastslog att åtgärden på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kunde motiveras av ett berättigat mål som rörde sysselsättningspolitiken och arbetsmarknaden och att sätten för att genomföra detta syfte kunde anses vara lämpliga och nödvändiga. Domstolen hänvisade inte till någon allmän princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder.

40. Domstolens angreppssätt i domen i det ovannämnda målet Palacios de la Villa, i

22 — Dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, Maruko (REG 2008, s. I-1757), punkt 78 i förslaget till avgörande och där angivna fotnoter.

vilken den bedömde nationell lagstiftning som uttryckligen föreskrev diskriminering på grund av ålder utifrån direktiv 2000/78 och kom fram till att den kunde godtas, är mycket annorlunda jämfört med dess angreppssätt i domen i det ovannämnda målet Mangold, i vilken domstolen uttalade att det ankom på nationella domstolar att åsidosätta varje bestämmelse i nationell rätt som står i strid med principen om förbud mot åldersdiskriminering.

41. I förevarande mål hade (liksom i målet Mangold) tidsfristen för införlivande av direktiv 2000/78 inte löpt ut vid den relevanta tidpunkten. Frågan huruvida det finns en specifik gemenskapsrättslig princip om förbud mot åldersdiskriminering kan därför åter komma att prövas av domstolen.

Finns det en allmän princip i gemenskapsrätten om förbud mot åldersdiskriminering?

42. Den allmänna likabehandlingsprincipen utgör en av gemenskapens grundvalar.[23] Bestämmelser om likhet inför lagen återfinns i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.[24] Allmänna uttalanden om likabehandling återfinns även i en rad folkrättsliga instrument.[25] I Europakonventionen om mänskliga rättigheter föreskrivs mer specifikt i artikel 14 (med rubriken ”Förbud mot diskriminering”) följande: ”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”[26] Den allmänna likabehandlingsprincipen kan således anses utgöra ”själva principen om förbud mot dessa former av diskriminering [uppräknade i artikel 13 EG]”, och den kan anses ha ”sitt ursprung … i diverse internationella överenskommelser och i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner”.[27]

23 — Se dom av den 3 oktober 2006 i mål C-17/05, Cadman (REG 2006, s. I-9583), punkt 28. Uttryckssättet har använts med mindre variationer igenom domstolens praxis, alltsedan dom av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel (REG 1977, s. 1753, svensk specialutgåva, volym 3, s. 421), punkt 7.

24 — Se kommissionens rapport angående medlemsstaternas rättsregler för bekämpning av diskriminering, tillgänglig på engelska på webbplatsen http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 — Se fotnot 5 ovan.

26 — Såsom framgår av uttrycket ”som anges i denna konvention” är artikel 14 inte en fristående bestämmelse, utan ska förstås tillsammans med andra materiella rättigheter som säkerställs genom konventionen. I protokoll 12 finns emellertid en sådan fristående bestämmelse om diskriminering (av EU:s medlemsstater är det enbart Cypern, Finland, Luxemburg, Nederländerna, Rumänien och Spanien som har ratificerat protokollet). Det ska anmärkas att diskriminering på grund av ålder inte specifikt nämns i någon av dessa långa (om än inte uttömmande) uppräkningar.

27 — Samtliga citat från domen i det i fotnot 2 ovan nämnda målet Mangold, punkt 74. Uttrycket ”medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner” används vanligen som grund för identifiering av en grundläggande gemenskapsrättslig princip (se artikel 6.2 EU, genom vilken domstolens tidigare rättspraxis stadfästs).

43. Grunden till ett klart och specifikt förbud mot diskriminering på grund av ålder är av yngre datum. Såsom jag påpekade i mitt förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Lindorfer är ett sådant specifikt förbud i såväl nationella som internationella sammanhang alltför sentida och olikartat för att bekvämt kunna passas in i denna modell. [28] Så sent som år 1999 uttalade kommissionen offentligt följande: ”Det finns ytterst lite lagstiftning om åldersdiskriminering i medlemsstaterna.” [29]

44. Det kan vara på sin plats att stanna upp för att fråga sig varför det förhåller sig så. En klassisk formulering av likabehandlingsprincipen, såsom Aristoteles ”behandla lika fall lika”, [30] lämnar den avgörande frågeställningen, om vilka aspekter som ska anses vara relevanta för frågor om likabehandling och vilka som inte ska anses vara det, öppen. [31] Alla grupper av människor liknar varandra i vissa avseenden och skiljer sig från varandra i andra. Aristoteles uttryckssätt utgör således en regel utan innehåll tills det fastställs vilka skillnader som är relevanta i det konkreta fallet. Om vi till exempel kritiserar en lagstiftning som förbjuder rödhåriga att gå på restaurang för att vara orättvis grundar sig detta på förutsättningen att hårfärg är irrelevant när det gäller rätten att äta på restaurang. Kriterier för relevanta likheter och skillnader kommer att variera med den grundläggande moraliska inställningen hos en viss person eller i samhället. [32]

45. En historisk tillbakablick visar att uttalanden om ”jämlikhet”, när de närmare har analyserats, ofta har inneburit ”likabehandling, i synnerhet för dem som befinner sig inom den magiska cirkeln” snarare än ”likabehandling i alla relevanta aspekter för alla och envar”. I Perikles Aten kunde stadens medborgare kräva likabehandling med avseende på tillgång till rättsligt skyddade rättigheter eller medborgarbefordran, [33] medan jämlikhetsbegreppet uteslöt likabehandling i dessa avseenden för metiker [34] eller

28 — Förslaget till avgörande inför domen i det i fotnot 19 ovan nämnda målet Lindorfer, punkt 55, med hänvisning till domen i det i fotnot 2 ovan nämnda målet Mangold, punkt 74.

29 — Se kommissionens rapport angående medlemsstaternas rättsregler för bekämpning av diskriminering, fotnot 24 ovan, s. 70. Se vidare Sargeant, M. (red.), *The Law on Age Discrimination in the EU* (2008).

30 — *Nicomachean Ethics*, V.3. 1131a10-b15; *Politics*, III.9.1280 a8-15, III. 12. 1282b18-23.

31 — Se vidare Gosepath, S., ”Equality”, i Zalta, E.N. (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2007 Edition), tillgänglig på webbplatsen http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 — Se Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (andra upplagan 1994), sidorna 159–163.

33 — Se Perikles begravningstal för de atenare som dog under det första året av (det slutligen katastrofala) kriget mot Sparta: ”Vår styresform rivaliserar inte med andras institutioner. Vårt styre är inte en kopia av våra grannars, utan utgör en förebild för dem. Vi benämns demokrati, då förvaltningen är i de mångas händer och inte i de fåtaligas. Medan det finns lika rätt för alla och envar i deras privata tvister, är också deras överlägsenhet erkänd. När en medborgare på något sätt är framstående har han tillträde till offentlig tjänst, inte som ett privilegium utan som belöning för sina meriter. Inte heller är fattigdom ett hinder; en man kan tjäna sitt land oavsett arten av sitt tillstånd” (Thucydides, *History of the Peloponnesian War*, Book II, XXXV-XLVI, på s. XXXVII, i översättning (till engelska) av Benjamin Jowett, 1881).

34 — En inflyttad italienare, med vissa men inte alla privilegier som följde med medborgarskapet.

slavar. Spartansk jämlikhet – av tämligen annorlunda art – uteslöt på liknande sätt heloter och slavar.[35] I båda uteslöts (naturligtvis) kvinnor. När vi kommer närmare våra dagar må det i Amerikas förenta staters oavhängighetsförklaring ha förkunnats att ”alla människor är födda lika”,[36] men det tog fram till inbördeskriget och tämligen långt därefter innan en verklig likabehandling började kunna åtnjutas av ättlingarna till svarta slavar.[37] Diskriminering på grund av religion föreföll helt naturlig – faktiskt föreskriven av Gud – under stora delar av historien i Europa och runt Medelhavet.

46. Kort sagt är svaren på frågorna ”vem omfattas av principen om likabehandling?” och ”vilka aspekter av det ekonomiska, sociala, politiska, medborgerliga och personliga livet omfattas av den principen?” inte oföränderliga. De utvecklas med samhället. När så sker återspeglas denna förändring i rätten genom att vissa former av diskriminerande behandling, som tidigare inte uppmärksammats eller som tolererats, uttryckligen förklaras inte längre vara godtagbara. Sådana rättsliga förändringar utgör en utsträckning av – samt ett nytt och vidare uttryck för – den allmänna principen om likabehandling.

47. Domen i målet Marshall I[38] tyder på att ålder inte från EG-rättens tidigaste utveckling ansågs vara någon uppenbart suspekt grund för distinktioner. I det målet stod domstolen inför ålder som skäl för anställningsavtalets upphörande. Den fastslog att vissa bestämmelser i direktiv 76/207 som skulle säkerställa likabehandling i fråga om arbetsvillkor för arbetstagare av olika kön kunde ha direkt effekt, och att även om direktivet *inte* hade ”horisontell” direkt effekt kunde fru Marshall åberopa det i den ”vertikala” relationen till sin arbetsgivare, eftersom hälsovårdsmyndigheten var ett statligt organ. Detta välkända avgörande förefaller indikera att år 1986 var en distinktion grundad på ålder (till skillnad från kön) uppenbart ansedd som relevant för upphörande av ett anställningsavtal, och därmed godtagbar vid tillämpning av den allmänna likabehandlingsprincipen i EG-rätten. Om så inte hade varit fallet

35 — En grupp livegna i gamla Sparta, vars status befann sig mellan vanliga slavar och fria spartanska medborgare.

36 — ”Vi anser dessa sanningar vara självklara: att alla människor är födda jämlika; att deras skapare försett dem med vissa omistliga rättigheter; att bland dessa finns rätten till liv, frihet och strävandet efter lycka …” (Oavhängighetsförklaringen, 4 juli 1776).

37 — Förenta staternas Supreme Court spelade en viktig roll i ställningstagandet att diskriminering på grund av ras var oacceptabel. Se, till exempel, målet *Brown mot Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1954), i vilket avgörande Supreme Court gick emot sitt tidigare avgörande i målet *Plessy* mot *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), i vilket den fastslagit att ”särskilda men likvärdiga” inrättningar, innefattande skolor, ”för vita och färgade” var förenliga med konstitutionen. Det var enbart Justice John Marshall Harlan som anmälde skiljaktig mening i det senare avgörandet. Han anförde att ”konstitutionen är färgblind och kan varken erkänna eller godta klasser bland sina medborgare”.

38 — Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (REG 1986, s. 723, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457).

torde fru Marshall ha åberopat förbudet mot diskriminering med hänvisning till ålder för att stödja sin talan.

48. När en gång ett möjligt (nytt) tillämpningsområde för principen har uppstått är nästa steg naturligen att definiera detta mer exakt och att utfärda bestämmelser för att bekämpa den diskriminering som fastslagits. [39]

49. Det kan visserligen vara möjligt att behandla vissa situationer (innefattande någon form av ohöljd, grovhuggen eller godtycklig åldersdiskriminering) genom att tillämpa likabehandlingsprincipen oberoende av ålder i dess rena, osminkade form. När situationen är mer komplex och skiljelinjen mellan godtagbar åtskillnad och icke godtagbar diskriminering är mindre självklar innefattar emellertid en effektiv bekämpning av diskriminering med nödvändighet även utvecklande av lämpliga definitioner. Artikel 13 EG ger den rättsliga grunden för lagstiftningsåtgärder på EG-nivå för ”bekämpning” av olika former av icke godtagbar särbehandling – bland annat diskriminering på grund av ålder. Den ger sålunda gemenskapslagstiftaren möjlighet att både definiera (bland annat) åldersdiskriminering närmare och anta bestämmelser som är ägnade att komma till rätta med den.

50. Av det skälet bygger varje argument som grundar sig på att artikel 13 EG eller direktiv 2000/78 inte skulle ha varit nödvändiga ifall det redan funnits en princip om förbud mot åldersdiskriminering på en grundläggande missuppfattning. Det är just *för att* den allmänna likabehandlingsprincipen nu har erkänts omfatta även likabehandling oavsett ålder som en behörighetsgrundande bestämmelse för lagstiftaren som artikel 13 EG *blir* nödvändig och vederbörligen används som grund för detaljerade lagstiftningsåtgärder.

51. Baksidan av detta mynt är att *detaljerade* specifika förbud mot ”diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning” inte kan ha funnits när artikel 13 EG infördes i fördraget. Om så hade varit fallet skulle artikel 13 EG faktiskt

39 — Jämför Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (1977), sidorna 22–28, som där definierar skillnaden mellan regler och principer med hänvisning till arten av den vägledning de ger. En princip anger ett skäl som talar i en viss riktning, men nödvändiggör inte ett visst beslut. En regel anger en rättsföljd som med automatik följer när de föreskrivna villkoren är uppfyllda. Däremot saknar regler den avvägningsdel som principer har. Om två regler är oförenliga måste en av dem vika, medan två principer kan avvägas mot varandra.

ha kunnat vara en överflödig bestämmelse. [40] Än mindre kan sådana förbud ha framträtt fullt beväpnade, i likhet med Atena från Zeus huvud, just i det ögonblicket.

52. Denna bedömning stöds av en närmare granskning av den behörighetsgrundande bestämmelsen i artikel 13 EG.

53. För det första anges i artikel 13 EG att den gäller ”[u]tan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i detta fördrag” (och därmed, *a fortiori*, de allmänna principer som ligger till grund för gemenskapsrätten). Dess användning som rättslig grund för att utfärda detaljerade bestämmelser i syfte att bland annat bekämpa diskriminering på grund av ålder undergräver inte den allmänna likabehandlingsprincipen. Snarare gör den det möjligt för särskilda yttringar av den principen att utvecklas på ett mer effektivt sätt.

54. För det andra ger artikel 13 EG rådet behörighet att (enhälligt) efter att ha hört Europaparlamentet ”vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering” på specifika grunder. Bestämmelsen innehåller inte någon definition av dessa typer av diskriminering. Den utgår från förutsättningen att de tyvärr finns och ska bekämpas (med kraft). Med utgångspunkt i artikel 13 EG grundar sig även direktiv 2000/78 på antagandet att det finns vissa former av diskriminering. I direktivet definieras därefter – utan att hänvisa till specifika förbud mot sådana former av diskriminering, utan snarare (i allmänna ordalag) till behovet av att säkerställa skyddet för grundläggande rättigheter – vad principen om likabehandling innebär i vissa sammanhang, såsom en nödvändig förelöpare till säkerställandet av denna princips upprätthållande.

55. För det tredje har gemenskapslagstiftaren utgått ifrån att direktiv som utfärdats med stöd av artikel 13 EG inte bara underlättar tillämpningen av förbudet mot diskriminering på de grunder som uppräknas i den artikeln. I dessa definieras även det närmare tillämpningsområdet för dessa förbud i vissa sammanhang. [41] Enligt min mening undergräver detta inte slutsatsen att den grundläggande principen (att förbud mot

40 — Ytterligare detaljåtgärder för att bekämpa specifika former av diskriminering som var och en redan är förbjuden enligt gemenskapsrättens allmänna principer skulle ha kunnat antas av rådet med stöd av artikel 308 EG (tidigare artikel 235 i EG-fördraget) jämförd med gemenskapens ändamål som uppräknas i artikel 2 EG. Medlemsstaterna ansåg att en särskild rättslig grund i fördraget skulle krävas för sådana åtgärder, och de antog en sådan bestämmelse i form av artikel 13 EG.

41 — Jämför rasdiskrimineringsdirektivet, särskilt artiklarna 2 (begreppet diskriminering) och 3 (omfattning).

diskriminering på grund av ålder ska vara förbjuden) redan existerade. Snarare förefaller det som om det – utifrån praktiska juridiska synpunkter – bara är möjligt att bekämpa något oönskat om det har definierats på ett noggrant och specifikt sätt.

56. Huvudsakligen kan detta hänföras till att skillnaden mellan (godtagbar) särbehandling och (icke godtagbar) diskriminering [42] inte beror på huruvida människor behandlas olika, utan på huruvida samhället *godtar* de kriterier som medför särbehandlingen eller om de anses vara godtyckliga. [43] För att närma sig denna fråga krävs detaljerad lagstiftning i syfte att klassificera tillämpningen av särskilda kriterier under särskilda omständigheter som godtagbara eller oacceptabla och ge denna klassificering bindande rättsverkningar.

57. Jag delar därför domstolens uppfattning i domen i det ovannämnda målet Mangold att ursprunget till denna princip – det vill säga *föreställningen* att det numera är oacceptabelt att diskriminera på någon av de grunder som uppräknas i artikel 13 EG – varken återfinns i direktiv 2000/78 såsom genomförandedirektiv eller i artikel 13 EG som sådan. Det måste sökas i ett tidigare skede. [44]

58. Jag anförde i mitt förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Lindorfer [45] att diskriminering på grund av ålder alltid varit förbjuden genom den allmänna likabehandlingsprincip som utgör en del av gemenskapsrätten. Gemenskapsrätten torde i sitt ursprungliga skick ha innehållit förbud mot viss särbehandling på grund av ålder. Anta att en medlemsstat (låt säga) år 1960 skulle ha förbjudit fri rörlighet för arbetstagare från andra medlemsstater som var mellan 28 och 29 år och mellan 52 och 53 år gamla. En sådan (osannolik) reglering skulle med säkerhet ha omfattats av den allmänna likabehandlingsprincip som alltid utgjort en del av gemenskapsrätten. En

42 — Se angående denna terminologiska distinktion Bossuyt, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme* (1976), sidorna 7–27.

43 — Således är (till exempel) den princip som ligger till grund för ransonering att tillämpa specifika kriterier för att särbehandla potentiella mottagare och på så sätt fördela knappa tillgångar. Kriterier som anses vara försvarliga godtas, medan andra kriterier upplevs vara godtyckliga eller orättvisa. Men vad som är försvarligt bestäms utifrån den uppfattning som råder i samhället vid en viss tidpunkt och på en viss plats. Se vidare generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 31 januari 2008 i mål C-303/06, Coleman, punkt 16, och mitt förslag till avgörande av den 24 april 2008 i mål C-353/06, Grunkin och Paul, punkterna 62 och 71, och se, angående godtycklighet i diskriminering, Bossuyt, fotnot 42 ovan, sidorna 37–39 och 97–128.

44 — Övergången från begrepp till fullständigt genomförande är enligt min mening ofta mer en utveckling än resultatet av en ”big bang”. Det vore till exempel svårt att exakt fastställa den tidpunkt mellan (låt säga) 1780 och 1807 när, tack vare det arbete som utfördes av reformister som Peter Peckard, Thomas Clarkson och William Wilberforce, principen uppkom som kom till specifikt uttryck i ”An Act for the Abolition of the Slave Trade” (47 Georgii III, Session 1, kap. XXXVI).

45 — Fotnot 19 ovan.

särbehandling av arbetstagare enligt dessa två ålderskriterier skulle ha ansetts vara godtycklig och omotiverad. Det som har hänt under åren är att samhällets syn på mer subtila former av särbehandling på grund av ålder har förändrats från ett oreflekterat godtagande till orienterad prövning.

59. Av de skäl som jag anfört ovan anser jag att domen i det ovannämnda målet Mangold ska förstås så, att diskriminering på grund av ålder är en särskild form av diskriminering som är förbjuden enligt den välkända gemenskapsrättsliga allmänna likabehandlingsprincipen – en princip som fanns långt innan såväl artikel 13 EG som direktiv 2000/78. Artikel 13 EG spelar sedan sin givna roll genom att uttryckligen erkänna vissa (nya) former av diskriminering och ge gemenskapslagstiftaren behörighet att agera för att bekämpa dem på vissa sätt och i vissa sammanhang.

60. En sådan tolkning är även förenlig med den roll och uppbyggnad som direktiv 2000/78 har.

61. För det första avser det direktivet att specifikt behandla diskriminering på grund av bland annat ålder i arbetslivet.[46] Åldersdiskriminering kan helt klart förekomma i andra sammanhang, men dessa har (ännu) inte blivit föremål för behandling genom ett genomförandedirektiv utfärdat med stöd av artikel 13 EG.

62. För det andra har medlemsstaterna otvivelaktigt avsett att när väl fristen för införlivande har löpt ut ska likabehandling *såsom det framgår av direktivet* tillämpas ”horisontellt”, ”på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ”.[47]

63. För det tredje anges i direktivet, även om det där definieras vad likabehandlingsprincipen ska anses innebära inom ramen för dess tillämpningsområde[48] och även vad som avses med direkt och indirekt diskriminering,[49] klart att särbehandling på grund av ålder i arbetslivet *inte* alltid utgör

46 — Se rubriken, skälen och artikel 1.

47 — Artikel 3.1.

48 — Artikel 2.1.

49 — I artikel 2.2 a respektive 2.2 b. Utformningen av dessa bestämmelser återspeglar domstolens fasta praxis om diskriminering på grund av kön.

otillåten diskriminering. Således skiljs det i direktivet mellan ”berättigad särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden”. [50] Det är därför av avgörande betydelse att det i direktivet fastställs en rad specifika bestämmelser av vilka det framgår vilken särbehandling på grund av (bland annat) ålder som är godtagbar (och varför).

64. Att denna nyanserade metod för att förbjuda diskriminering på grund av ålder var avsiktlig understryks vidare av gemenskapslagstiftarens val av direktivet som lagstiftningsåtgärd enligt artikel 13 EG. Lagstiftning genom förordning medför att den gemenskapsrättsliga regleringen ”till alla delar [är] bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat”. [51] Ett direktiv är däremot ”med avseende på det resultat som skall uppnås … bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet”. [52] En sådan gemenskapslagstiftning lämnar genom sin art en större grad av flexibilitet till den enskilda medlemsstaten.

65. I det följande kommer jag således att föreslå att den allmänna likabehandlingsprincipen under vissa förhållanden medför ett förbud mot diskriminering på grund av ålder, men att det inte från början funnits någon särskild detaljerad princip i gemenskapsrätten enligt vilken diskriminering på grund av ålder varit förbjuden. Jag ska ändå lämna ett förslag till avgörande av de tolkningsfrågor som ställts, för det fall jag skulle ha fel i denna fråga.

Kan (någon) allmän gemenskapsrättslig princip vara tillämplig även om den situation som gett upphov till begäran om förhandsavgörande inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde?

66. Denna fråga kan besvaras tämligen kortfattat. Alla som yttrat sig i målet [53] har anfört att svaret är nej. I synnerhet är domstolen

50 — Skäl 25 och de detaljerade materiella bestämmelserna i artikel 6.1.

51 — Artikel 249 EG.

52 — Ibidem. Jämför den tonvikt som domstolen lagt vid denna skillnad i dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325, svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkterna 22–24, när den vägrade att fastslå att ett direktiv också skulle kunna ha direkt effekt i horisontella förhållanden (och sålunda avvisade förslagen från tre generaladvokater, nämligen generaladvokaten Van Gerven inför dom av den 2 augusti 1993 i mål C-271/91, Marshall II (REG 1993, s. I-4367, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-315), generaladvokaten Jacobs inför dom av den 3 mars 1994 i mål C-316/93, Vaneetveld (REG 1994, s. I-763), och generaladvokaten Lenz inför domen i målet Faccini Dori.

53 — Birgit Bartsch har inte ingett något skriftligt yttrande till domstolen och var inte representerad vid förhandlingen.

endast behörig att tolka en allmän gemenskapsrättslig princip inom ramen för ett mål om förhandsavgörande när den situation som gett upphov till begäran om förhandsavgörande omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde. [54]

Omfattas den situation som målet vid den nationella domstolen rör av gemenskapsrättens tillämpningsområde?

67. BSH, Tyskland, Nederländerna och Förenade kungariket har alla anfört att varken artikel 13 EG eller direktiv 2000/78, innan fristen för införlivande löpt ut, kan medföra att situationen i målet vid den nationella domstolen omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde. Artikel 13 EG är enbart en behörighetsgrundande bestämmelse som saknar direkt effekt. Om den kunde skapa det nödvändiga sambandet med gemenskapsrätten skulle den i praktiken i sig innefatta ett direkt förbud mot åldersdiskriminering, vilket strider mot dess lydelse. Vad gäller direktiv 2000/78 innebär fristen för införlivande och själva arten av ett direktiv att det inte kan skapa något samband med gemenskapsrätten innan fristen löpt ut. Ett direktivs verkningar under införlivandefristen är begränsat till att innebära ett hinder för medlemsstaterna att vidta oförenliga åtgärder. [55] Direktivet medför emellertid inte någon utvidgning av tillämpningsområdet för gemenskapsrätten under denna period. En sådan verkan skulle undergräva lagstiftarens val av instrument. Slutligen antogs inte, till skillnad från de omtvistade nationella bestämmelserna i domen i det ovannämnda målet Mangold, åldersskillnadsvillkoret i förevarande mål för att införliva en gemenskapsrättslig bestämmelse, och det fastslogs heller inte under fristen för införlivande av direktiv 2000/78.

68. Kommissionen har gett uttryck för motsatt uppfattning. Den har anfört att domstolen har ansett att gemenskapsrättens tillämpningsområde var mycket omfattande i fråga om diskriminering på grund av nationalitet med avseende på fördragets friheter, även om den har medgett att förevarande mål inte innefattar något samband med dessa friheter eller sådan diskriminering. Kommissionen har påpekat att den omständigheten att artikel 13 EG utgör en behörighetsgrundande bestämmelse inte hindrar den från att medföra det nödvändiga sambandet med gemenskapsrätten. I domen i målet

54 — Se, till exempel, dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne III (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127), punkterna 27 och 30, och av den 29 maj 1997 i mål C-299/95, Kremzow (REG 1997, s. I-2629), punkt 15. Vad gäller den allmänna likabehandlingsprincipen och icke-diskriminering, se dom av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkterna 30 och 32, och domen i målet Chacón Navas (ovan fotnot 18), punkt 56. Se även domen i målet Mangold (ovan fotnot 2), punkt 75.

55 — I dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), fastslog domstolen att det följer av artikel 10.2 EG och artikel 249.3 EG att medlemsstaterna under införlivandefristen måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet (punkt 45) (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 14 september 2006 i mål C-138/05 Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (REG 2006, s. I-8339), punkt 42, och punkterna 60–63 i mitt förslag till avgörande inför den domen). Därtill ska nationella domstolar under införlivandefristen *i den utsträckning det är möjligt* avhålla sig från att tolka den nationella rätten på ett sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet. Den skyldigheten begränsas emellertid av allmänna rättsprinciper, i synnerhet principerna om rättssäkerhet och retroaktivitetsförbud, och kan inte utgöra grund för att tolka nationell rätt *contra legem*. Se dom av den 4 juli 2006 i mål C-212/04 Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkterna 119–123.

Saldanha [56] fastslog domstolen att en behörighetsgrundande fördragsbestämmelse [57] medförde att en nationell bestämmelse omfattades av fördraget. [58]

69. Jag ska inledningsvis påpeka att även om de allmänna gemenskapsrättsliga principerna är grundläggande för gemenskapsrättens funktion verkar de inte utan ett sammanhang. [59] Mer specifikt kan det endast prövas huruvida nationella bestämmelser är förenliga med sådana allmänna principer när de nationella bestämmelserna omfattas av gemenskapsrätten. [60] För att så ska anses vara fallet måste den ifrågavarande nationella bestämmelsen [61] allmänt tillhöra någon av tre kategorier. Den måste utgöra en del av gemenskapsrättens genomförande (oavsett vilken grad av handlingsutrymme som lämnats medlemsstaten och huruvida den nationella bestämmelsen går längre än vad som är nödvändigt för genomförandet), [62] aktualisera något tillåtet undantag från gemenskapsrätten [63] eller på annat sätt omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde på grund av att någon specifik gemenskapsrättslig bestämmelse är tillämplig på situationen. [64]

70. De ifrågasatta nationella bestämmelserna i domen i det ovannämnda målet Mangold hade särskilt antagits av den ifrågavarande medlemsstaten (Tyskland) för att genomföra en gemenskapsrättslig skyldighet (att införliva direktiv 1999/70 med nationell rätt). Fristen för införlivande hade sedan länge löpt ut. Det fanns därmed ett gemenskapsrättsligt ramverk av relevanta bestämmelser – direktiv 1999/70 och dess införlivande i nationell lagstiftning – på vilket den allmänna likabehandlingsprincipen (inklusive likabehandling oavsett ålder) kunde tillämpas.

56 — Dom av den 2 oktober 1997 i mål C-122/96 (REG 1997, s. I-5325), punkt 23.

57 — Artikel 54.3 g i EG-fördraget (nu artikel 44.2 g EG).

58 — Kommissionen har inte gjort några sådana påståenden avseende direktiv 2000/78.

59 — Se vidare Tridimas, T., *The General Principles of EU Law* (andra upplagan 2006), sidorna 36–42; och Temple Lang, J., ”The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles”, *Legal Issues of European Integration* 1991, sidorna 23–35.

60 — Se, till exempel, dom av den 30 september 1987 i mål 12/86, Demirel mot Stadt Schwäbisch Gmünd (REG 1987, s. 3719, svensk specialutgåva, volym 9, s. 175), punkt 28, och domen i målet Kremzow (ovan fotnot 54), punkterna 15–19.

61 — Med ”nationell bestämmelse” avses här en bestämmelse i den offentliga rätten eller (om den relevanta offentligrättsliga bestämmelsen endast överlämnar normgivningsmakt till semi-publika eller privata organ) en bestämmelse som väsentligen kan härledas till offentlig rätt, där de politiska ställningstagandena som ligger till grund för den rimligen kan antas vara ett resultat av vägledning från medlemsstatens offentliga myndigheter (jämför den noggranna prövningsmodell som domstolen fastslagit i dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster mot British Gas (REG 1990, s. I-3313, svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), punkt 22, för huruvida ett organ ska anses utgöra en del av ”staten” vid bedömningen av vertikal direkt effekt).

62 — Se, till exempel, dom av den 27 september 1979 i mål 230/78, Eridania mot Ministry for Agriculture and Forestry (REG 1979, s. 2749; svensk specialutgåva, volym 4, s. 513), punkt 31, av den 18 februari 1982 i mål 77/81, Zuckerfabrik Franken mot Tyskland (REG 1982, s. 681), punkterna 22–28, av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch (REG 1986, s. 3477; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkterna 10 och 11, av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (REG 1989, s. 2609), punkterna 17–22, och av den 10 juli 2003 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411), punkterna 88–93.

63 — Se, till exempel, dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89 ERT (REG 1991, s. I-2925, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), punkterna 41–45, och av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress Zeitungsverlag (REG 1997, s. I-3689), punkt 24.

64 — Se, till exempel, dom av den 25 mars 2004 i mål C-71/02, Karner (REG 2004, s. I-3025), punkterna 48–53 (potentiellt hinder för handeln inom gemenskapen), av den 5 maj 1981 i mål 804/79, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1981, s. 1045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 79), punkterna 23–30 (medlemsstaterna som gemenskapens företrädare inom ett område där gemenskapen har exklusiv kompetens), av den 18 december 1997 i de förenade målen C-286/94, C-340/95, C-401/95 och C-47/96 Garage Molenheide m.fl. mot Belgische Staat (REG 1997, s. I-7281), punkterna 45–48 (åtgärder vidtagna av en medlemsstat vid utövandet av dess behörighet i fråga om mervärdesskatt).

71. Sedda mot denna bakgrund är nyckelavsnitten i domen i det ovannämnda målet Mangold något enklare att förstå. Efter att ha fastslagit att den allmänna likabehandlingsprincipen innefattar ett förbud mot åldersdiskriminering [65] framhöll domstolen att den var skyldig att ”tillhandahålla samtliga uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som är nödvändiga för att den nationella domstolen skall kunna avgöra huruvida [nationella] bestämmelser är förenliga med en sådan princip” när ”[dessa] bestämmelser omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde”. [66] De ifrågavarande nationella bestämmelserna utgjorde ”en åtgärd för att genomföra direktiv 1999/70”. [67] De omfattades därmed av gemenskapsrättens tillämpningsområde och innehöll även något som den allmänna likabehandlingsprincipen – i detta fall innebärande ett förbud mot (godtycklig) åldersdiskriminering – kunde tillämpas på.

72. Eftersom allmänna principer är av grundläggande betydelse för hela det gemenskapsrättsliga systemet kunde inte ”respekten för den allmänna principen om likabehandling, särskilt på grund av ålder, som sådan vara beroende av att medlemsstaternas frist för införlivande av [direktiv 2000/78] … har löpt ut”. [68] Avsikten med direktiv 2000/78 var enbart att ”fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering på grund av ålder”. [69] Under de särskilda förhållandena i domen i det ovannämnda målet Mangold kunde emellertid den allmänna principen tillämpas utan ytterligare hänvisning till de nationella bestämmelser som antagits till genomförande av direktiv 1999/70. Det ankom därför på den nationella domstolen att tillämpa den allmänna grundläggande principen på omständigheterna i målet vid denna och att, om så skulle behövas, åsidosätta nationella bestämmelser för att säkerställa den principens fulla verkan. [70]

73. I förevarande mål finns det *ingen* relevant specifik materiell gemenskapsrättslig bestämmelse som reglerar den situation till vilken den allmänna likabehandlingsprincipen kan knyta an. Till skillnad från situationen i domen i det ovannämnda målet Mangold finns det inga nationella bestämmelser som antagits för att införliva ett direktiv vars införlivandefrist redan löpt ut. Det finns ingen relevant fördrags- eller sekundärrättslig bestämmelse. Det finns bara artikel 13 EG [71] (som är en behörighetsgrundande bestämmelse utan direkt effekt) och direktiv 2000/78 (för vilket

65 — Punkt 74.

66 — Båda citaten från punkt 75.

67 — Ibidem.

68 — Punkt 76.

69 — Ibidem.

70 — Punkterna 77 och 78. Den regel om effektivt rättsskydd som åberopats här kan härledas tillbaka till dom av den 15 december 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 3, s. 233), och bekräftades i dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame (REG 1990, s. I-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435).

71 — Tvärtemot vad kommissionen gjort gällande skiljer sig situationen i förevarande mål från den i domen i det ovan i fotnot 56 nämnda målet Saldanha. I det målet fastslog domstolen att bolagsrättsliga bestämmelser som syftar till att skydda aktieägarnas intressen omfattas av fördragets tillämpningsområde och är därför underkastade förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. Det var så eftersom artikel 44.2 g EG ger rådet och kommissionen behörighet att, ”för att förverkliga etableringsfriheten … i den utsträckning som det är nödvändigt samordna de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket [EG] avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen”. Detta uttalande ska förstås utifrån att det förekommer i ett helt kapitel i EG-fördraget om etableringsfrihet (avdelning III, kapitel 2) och, när domen i det ovannämnda målet Saldanha meddelades (1997), inom ramen för ett omfattande regelverk av direktiv. Se allmänt Edwards, V., *EC Company Law* (1999) och, när det specifikt gäller tillämpningsområdet för artikel 44.2 g EG, sidorna 5–9. Den situationen är klart annorlunda jämförd med den i förevarande mål.

införlivandefristen fortfarande löpte vid den relevanta tidpunkten och som därmed ska lämnas utan avseende).

74. Under sådana förhållanden är det inte möjligt att med stöd av den allmänna likabehandlingsprincipen både *skapa* en tillämplig materiell gemenskapsrättslig bestämmelse och *fastställa* hur en sådan materiell bestämmelse ska tillämpas.

75. Enligt min mening finns det således ingen materiell gemenskapsrättslig bestämmelse som kan ligga till grund för en tillämpning av den allmänna likabehandlingsprincipen i den situation som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande. Jag föreslår att fråga 1 b besvaras i enlighet med detta.

76. Min bedömning av denna fråga skulle vara densamma ifall det, i motsats till vad jag anfört ovan, fanns en specifik gemenskapsrättslig bestämmelse enligt vilken diskriminering på grund av ålder var förbjuden (snarare än en allmän likabehandlingsprincip som medför ett krav på likabehandling oavsett ålder).

77. Den bedömning som så långt redovisats är enligt min mening tillräcklig för att lämna ett svar till den nationella domstolen. I den återstående delen av detta förslag till avgörande ska jag därför pröva frågorna 2 och 3 alternativt (för det fall domstolen skulle göra en annan bedömning av fråga 1).

Fråga 2

78. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida det förbud mot åldersdiskriminering som domstolen tillämpat i domen i det ovannämnda målet Mangold är horisontellt tillämpligt. [72]

72 — Enligt min mening är det en oriktig benämning att använda begreppet ”direkt effekt” (oavsett om det rör vertikala eller horisontella förhållanden) för att beskriva verkningarna av en allmän gemenskapsrättslig princip. ”Direkt effekt” för en artikel i fördraget eller en bestämmelse i ett direktiv innebär att en enskild kan använda en klar, tydlig och ovillkorlig gemenskapsrättslig bestämmelse och åberopa den bestämmelsen för att övertrumfa en mot denna stridande bestämmelse i nationell rätt (eller för att fylla ut luckor i denna). En allmän gemenskapsrättslig princip däremot tillämpas på en uppsättning lagregler och påverkar den tolkning de ska ges. Ibland kan de medföra att en särskild tolkning är otillåten. Men den allmänna principen utgör inte i sig något substitut för en befintlig lagtext. Som jag ser det har den därmed inte ”direkt effekt”, även om den otvivelaktigt kan påverka den riktiga rättsliga bedömningen, vilket den ibland också gör.

Kan allmänna gemenskapsrättsliga principer vara horisontellt tillämpliga?

79. Det är allmänt känt att allmänna gemenskapsrättsliga principer kan åberopas i *vertikala* förhållanden, mot staten. Domstolen har till exempel fastslagit att nationella åtgärder enligt gemenskapsrätten inte fick tillämpas eftersom de var oförenliga med den allmänna likabehandlingsprincipen [73] eller med specifika uttryck för denna princip, såsom principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i olika sammanhang, [74] säkerställandet av grundläggande rättigheter, [75] principen om skydd för berättigade förväntningar [76] och proportionalitetsprincipen. [77]

80. Frågan är huruvida *någon* allmän gemenskapsrättslig princip kan, eller ska, tillämpas i *horisontella* förhållanden.

81. I domen i målet Bostock fastslog domstolen att likabehandlingsprincipen inte, i en situation som uppkommit inom ramen för gemenskapens bestämmelser om mjölkkvoter, kunde medföra retroaktiva förändringar av förhållandet mellan parterna i ett leasingavtal till följd av bland annat direkt effekt. [78] I domen i målet Otto ansågs rätten att inte erkänna en överträdelse av gemenskapens konkurrensbestämmelser, såsom en del av rätten till försvar, inte tillämplig i en situation mellan två enskilda. [79]

82. Enligt min mening innebär inte dessa två domar nödvändigtvis att det fastslagits att allmänna gemenskapsrättsliga principer aldrig kan tillämpas i horisontella

73 — Se, till exempel, domarna i de i fotnot 62 ovan nämnda målen Klensch och Wachauf (båda målen rörde den gemensamma marknadsordningen för mjölk och mjölkprodukter), de domar till vilka generaladvokaten Tizzano hänvisat i fotnot 27 i hans förslag till avgörande inför domen i det i fotnot 2 ovan nämnda målet Mangold, och förslaget till avgörande av den 13 december 2007 från generaladvokaten Kokott inför domen av den 10 april 2008 i mål C-309/06, Marks & Spencer (Återbetalning av mervärdesskatt).

74 — Se, till exempel, dom av den 13 februari 1985 i mål 293/83, Gravier (REG 1985, s. 593; svensk specialutgåva, volym 8, s. 71) (tillträde till yrkesutbildning), av den 2 februari 1988 i mål 24/86, Blaizot (REG 1988, s. 379; svensk specialutgåva, volym 9, s. 335) (tillträde till universitetsutbildning), av den 27 september 1988 i mål 42/87, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 5445) (utbildningsbidrag), av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins (REG 1993, s. I-5145;svensk specialutgåva, volym 14, s. I-351) (immaterialrätt), och av den 26 september 1996 i mål C-43/95, Data Delecta (REG 1996, s. I-4661) (domstolsförfarande).

75 — Se, till exempel, dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597) (effektiv domstolskontroll rörande ”arbetsvillkor” som ett skäl för särbehandling av män och kvinnor), domen i det i fotnot 62 ovan nämnda målet Wachauf (egendomsskydd inom ramen för den gemensamma marknadsorganisationen för mjölk och mjölkprodukter), och dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279) (rätten till familjeliv i samband med ett potentiellt hinder för friheten att tillhandahålla tjänster).

76 — Se, till exempel, dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer (REG 2002, s. I-6325) (berättigade förväntningar i samband med en ny nationell preskriptionsfrist inom vilken återbetalning av belopp som infordrats i strid med gemenskapsrätten kunde sökas).

77 — Se, till exempel, dom av den 19 juni 1980 i de förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, Testa (REG 1980, s. I-1979) (Medlemsstaternas handlingsutrymme att förlänga den period under vilken en rätt till arbetslöshetsersättning föreligger enligt artikel 69.2 i förordning nr 1408/71, och domen i det ovan i fotnot 64 nämnda målet Garage Molenheide m.fl. mot Belgische Staat.

78 — Dom av den 24 mars 1994 i mål C-2/92 (REG 1994, s. I-955), punkt 24. För en kommentar till domen i målet Bostock och generellt angående tillämpning av allmänna principer mot enskilda, se Tridimas ovan i fotnot 59 angivna arbete, sidorna 47–50.

79 — Dom av den 14 november 1993 i mål C-60/92, Otto (REG 1993, s. I-5683; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-397), punkt 16.

förhållanden. En tillämpning av likabehandlingsprincipen i domen i det ovannämnda målet Bostock skulle ha inneburit att nationella regler hade fått retroaktiv verkan (och därmed kommit i konflikt med andra grundläggande principer). [80] Den princip som aktualiserades i domen i det ovannämnda målet Otto tjänar till att skydda enskilda mot administrativa eller straffrättsliga påföljder. Då ett förfarande mellan enskilda inte ens indirekt kunde medföra några sådana konsekvenser, saknar ett sådant skydd syfte. [81]

83. I den utsträckning sådana principer tillämpas i vertikala förhållanden gör de det möjligt för enskilda att åberopa grundläggande rättigheter mot staten. Emellertid skulle en begränsning av rätten att åberopa sådana rättigheter till vertikala förhållanden riskera att skapa samma (ibland konstlade) skillnader mellan offentlig och privat sektor som är välbekant i fråga om direktiv. [82]

84. Vidare har domstolen stundtals godtagit att den allmänna likabehandlingsprincipen kan tillämpas i horisontella förhållanden när den inkorporerats i en materiell fördragsbestämmelse. Således fastslog domstolen i domen i målet Walrave och Koch att förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, i vad som nu är artiklarna 12 EG, 39 EG och 49 EG, var tillämpligt inte bara i förhållande till åtgärder av offentliga myndigheter, utan även på bestämmelser som utfärdats av privata organisationer, som syftade till att kollektivt reglera betald anställning och tillhandahållande av tjänster och att förbudet mot diskriminering gällde i alla rättsförhållanden inom gemenskapen. [83] Domen i det ovannämnda målet Walrave och Koch rörde en privaträttslig organisation som hade en reglerande funktion och som därför möjligen kunde liknas vid ett statligt organ. Domstolen tog ytterligare ett steg i domen i målet Angonese, som rörde tillträde till anställning i en privat bank. Den fastslog att ”förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i [artikel 39 EG skall] anses tillämpligt även på privaträttsliga subjekt”. [84]

85. I domen i det ovannämnda målet Mangold tillämpade domstolen den all-

80 — Se punkt 37 i generaladvokaten Gulmanns förslag till avgörande.

81 — Se domen i målet Otto (ovan fotnot 79), punkt 17.

82 — Vissa, men inte alla argument för eller mot direkt horisontell effekt av direktiv gör sig även gällande för allmänna principer. För en diskussion av dessa argument, se Prechal, S., *Directives in EG Law* (andra upplagan, 2005), sidorna 255–261.

83 — Dom av den 12 december 1974 i mål 36/74 (REG 1974, s. 1405; svensk specialutgåva, volym 2, s. 409), punkterna 17 och 18. Se även dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, Viking (REG 2007, s. I-10779), punkterna 33–38 och 57–66, och av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval (REG 2007, s. I-11767), punkterna 86–111, i vilken domstolen fastslog att artiklarna 43 EG och 49 EG var tillämpliga mellan fackföreningar och privata företag. Domstolen hänvisade i domen i målet Viking inte uttryckligen till diskrimineringsförbudet i artikel 43 EG. Däremot påminde den i domen i målet Laval om rättspraxis, enligt vilken ”artikel 12 EG, i vilken det allmänna förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet slås fast, enligt domstolens fasta rättspraxis endast kan tillämpas självständigt i situationer som omfattas av gemenskapsrätten, men för vilka det inte har föreskrivits några särskilda regler om icke-diskriminering i fördraget … Friheten att tillhandahålla tjänster har emellertid genomförts och konkretiserats genom artikel 49 EG …” (punkterna 54 och 55).

84 — Dom av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese (REG 2000, s. I-4139), punkt 36.

männa likabehandlingsprincipen (inkluderande likabehandling oavsett ålder) på en tvist mellan enskilda, även om den rörde nationella offentligrättsliga bestämmelser som hade utfärdats för att genomföra en gemenskapsrättslig skyldighet (att införliva direktiv 1999/70). Enligt min mening bör man därför inte alltför lättvindigt förkasta möjligheten att en allmän gemenskapsrättslig princip under lämpliga förhållanden kan tillämpas i horisontella förhållanden.

Horisontell tillämpning i förevarande mål?

86. Jag har ovan anfört att den situation som i förevarande mål gett upphov till begäran om förhandsavgörande inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde. [85]

87. Under sådana förhållanden kan, enligt min mening, den allmänna likabehandlingsprincipen, och specifikt principen om likabehandling oavsett ålder i enlighet med vad domstolen fastslagit i domen i det ovannämnda målet Mangold, inte tillämpas i horisontella förhållanden. Med detta sagt *godtar* jag att en sådan princip kan vara tillämplig (såväl vertikalt som horisontellt) i den utsträckning detta sker i ett specifik gemenskapsrättsligt sammanhang. [86]

88. När det, såsom i förevarande mål, inte finns något sådant sammanhang finns det emellertid inget till vilket den allmänna likabehandlingsprincipen, och specifikt principen om likabehandling oavsett ålder, kan knyta an. Den är därför inte tillämplig (vare sig vertikalt eller horisontellt) om inte gemenskapslagstiftaren har vidtagit nödvändiga detaljerade åtgärder med stöd av artikel 13 EG och eventuella införlivandefrister har löpt ut. När så har skett kommer den allmänna gemenskapsrättsliga principen – såsom generaladvokaten Mazák har indikerat [87] – användas för att tolka genomförandelagstiftningen, snarare än att tillämpas som sådan.

89. Således är det närmare sätt på vilket en medlemsstat väljer att göra bruk av undantaget från förbudet mot åldersdiskriminering i artikel 6.1 i direktiv 2000/78 föremål för domstolens kontroll mot bakgrund av den allmänna likabehandlingsprincipen, och mer specifikt principen om likabehandling oavsett ålder. Denna kontroll säkerställer att de sociala och politiska överväganden som

85 — Se punkterna 67–75.

86 — Se diskussionen i punkterna 69–76 ovan. Detta var, enligt min mening, fallet i målet Mangold.

87 — Punkt 136 i hans förslag till avgörande inför domen i det ovan i fotnot 20 nämnda målet Palacios de la Villa.

medlemsstaten gör ryms inom undantaget och således inom det handlingsutrymme som medlemsstaten har lämnats. [88]

90. Jag delar även Förenade kungarikets uppfattning att det inte är rimligt att kräva att en privat arbetsgivare utan vägledning ska göra de sociala och politiska överväganden som ligger till grund för undantaget i artikel 6.1. Det ankommer uttryckligen på medlemsstaten att göra dessa överväganden och att bära ansvaret för dem.

91. Jag ska omedelbart tillägga att så snart en medlemsstat genomfört direktiv 2000/78 kommer såväl de bestämmelser som medlemsstaten utfärdar genom lagstiftning som en enskild arbetsgivares tillämpning av dessa bestämmelser inom ramen för sina privaträttsliga överenskommelser med sina anställda att bli föremål för rättslig kontroll i nationell domstol och, i förekommande fall, av EG-domstolen. I artikel 3.1 i direktiv 2000/78 klargörs att den allmänna likabehandlingsprincipen, och specifikt likabehandling oavsett ålder, som enligt direktivet ska tillämpas gäller för ”alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om … c) [a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive … löner”.

92. Således kan, så snart införlivandefristen för direktiv 2000/78 har löpt ut, [89] den allmänna likabehandlingsprincipen, och mer specifikt likabehandling oavsett ålder, åberopas i horisontella förhållanden *genom* direktiv 2000/78 utan att det krävs någon annan omständighet som medför att anställningsförhållandet omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde. De överväganden som medlemsstaten gjort vid genomförandet av detta direktiv kommer att bedömas utifrån denna bakgrund.

93. Således föreslår jag att domstolen (om så skulle vara nödvändigt) besvarar den nationella domstolens andra fråga så, att den allmänna likabehandlingsprincipen, och specifikt principen om likabehandling

88 — Medlemsstaterna ”förfogar i detta avseende obestridligen över ett stort utrymme för skön i valet av åtgärder för att genomföra dessa syften inom området för social- och arbetsmarknadspolitik”. Se domen i målet Mangold (ovan fotnot 2), punkt 63, och domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 20), punkt 68. I domen i målet Mangold fastslog domstolen att de ifrågavarande åtgärderna inte var porportionerliga (punkt 65). I domen i målet Palacios de la Villa ansåg den emellertid att de nationella myndigheternas inställning att de ifrågasatta åtgärderna kunde vara nödvändiga och lämpliga inte var orimlig (punkt 72).

89 — För Tysklands del inträffade detta den 2 december 2006, se punkt 12.

oavsett ålder, inte kan tillämpas i förhållanden mellan privata arbetsgivare å ena sidan och deras anställda eller pensionärer och deras efterlevande å andra sidan som en grund för att ifrågasätta privaträttsliga bestämmelser som inte antagits för att genomföra en gemenskapsrättslig skyldighet eller dra fördel av ett tillåtligt undantag enligt gemenskapsrätten, om det inte annars finns en materiell gemenskapsbestämmelse som är tillämplig.

Fråga 3

Bedömning utifrån en allmän princip om förbud mot åldersdiskriminering

Fråga 3 a

94. Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida en bestämmelse såsom ett åldersskillnadsvillkor i ett tjänstepensionssystem omfattas av den allmänna likabehandlingsprincipen, och mer specifikt principen om likabehandling oavsett ålder.

95. Det finns två möjliga sätt att angripa denna fråga. Å ena sidan kan frågan ställas vilka typer av åldersrelaterad diskriminering som omfattas av den allmänna likabehandlingsprincipen, och mer specifikt principen om likabehandling oavsett ålder. Å andra sidan kan frågan ställas vad gemenskapslagstiftaren avsåg att principen om likabehandling oavsett ålder i direktiv 2000/78 skulle omfatta.

96. Den första frågan är huruvida den allmänna principen omfattar relativ såväl som absolut åldersskillnad. Svaret på den frågan beror på vad ”diskriminering på grund av relativ åldersskillnad” innebär. Uttrycket kan förstås så att det enbart omfattar en mindre förmånlig behandling av en person A för att han är ett visst antal år äldre (eller yngre) än person B eller en grupp individer benämnda C. Det kan också ha den mer omfattande innebörden att det omfattar mindre förmånlig behandling av personerna E och F i förening på grund av att åldersskillnaderna dem emellan är större eller mindre än åldersskillnaden mellan andra jämförbara personer i förening (G och H, I och J, och så vidare).

97. Enligt min mening omfattar diskriminering på grund av relativ åldersskillnad båda dessa situationer. I båda situationerna används ålder som det kriterium som motiverar en negativ särbehandling, och jag kan inte se någon tänkbar anledning att särskilja dem. Samma resonemang leder till slutsatsen att det inte finns någon anledning att utesluta diskriminering på grund av relativ åldersskillnad från tillämpningsområdet för den allmänna likabehandlingsprincipen, och specifikt principen om likabehandling oavsett ålder. Personens ålder är, även om den anges relativt snarare än absolut, alltjämt grunden för det beslut som medför negativa konsekvenser för denna.

98. Detta synsätt medför också en lösning på frågan huruvida en diskriminering som följer av åldersskillnadsvillkoret endast är förbjuden när den påverkar *den avlidne arbetstagaren* eller huruvida diskriminering som drabbar *den efterlevande maken eller makan* (i förevarande mål Birgit Bartsch) också omfattas av förbudet. Diskrimineringen (jämfört med gifta par som är mer jämngamla) följer av deras kombinerade särdrag och är klart åldersrelaterad. Det är uppenbart att en person som Birgit Bartsch, som är *mer* än 15 år yngre än sin avlidne make, behandlas mindre förmånligt än hon skulle ha behandlats om hon hade befunnit sig i en motsvarande situation (nämligen änka) men varit *mindre* än 15 år yngre än sin avlidne make. En sådan särbehandling är direkt diskriminerande mellan olika kategorier av änkor till arbetstagare som mottar eller utesluts från mottagande av pensionsrättigheter. Den negativa särbehandlingen följer direkt av tillämpningen av ett åldersrelaterat villkor (en åldersskillnad större än 15 år) som avgör rätten till pension. Birgit Bartsch påverkas negativt genom att hon inte får pension. Rätten för Max Hubert Bartsch att själv bestämma [90] har påverkats negativt genom att han inte har kunnat tillse sin hustrus behov efter sin död, och genom att utövandet av dennes rätt att välja att gifta sig med en kvinna som var mer än 15 år yngre än honom har lett till en sanktion.

99. En analog tillämpning av domstolens rättspraxis rörande direkt diskriminering på grund av kön leder till slutsatsen att eftersom det inte finns sakliga skäl för denna diskriminering (se, till exempel, domen i målet Dekker) [91] är all särbehandling som direkt grundar sig på ålder förbjuden. Icke desto mindre förefaller gemenskapslagstiftaren i direktiv 2000/78 ha ansett att sakliga skäl *ska* kunna förekomma för vissa kategorier av sådan särbehandling. [92] Detta ger enligt min mening ytterligare stöd för den bedömning jag redovisat avseende svaret på fråga 2.

90 — Om valmöjligheternas betydelse för den personliga autonomin, se generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande inför domen i det i fotnot 43 ovan nämnda målet Coleman, punkterna 9–11, med där gjorda hänvisningar.

91 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88 (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555), punkt 12. Se vidare Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law* (andra upplagan, 2005), sidorna 111–113.

92 — Se punkterna 109 och 110 nedan.

Bedömning utifrån direktiv 2000/78

100. Enligt artikel 3.1 ska direktivet tillämpas på ”alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om … c) [a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive … löner”. Enligt fast rättspraxis omfattas en efterlevandes pension av begreppet ”löner” i artikel 141 EG som en förmån som utgår på grund av den avlidne maken eller makans anställningsförhållande. [93]

101. Anställningsavtalet skapade ett anställningsförhållande mellan Max Hubert Bartsch och BSH. Efterlevandepensionen är ”lön” i den mening som avses i artikel 141 EG och därmed ”lön” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2000/78. När införlivandefristen för direktiv 2000/78 löpt ut kan åldersskillnadsvillkorets giltighet därför bedömas utifrån direktivet.

102. När det gäller vilka slag av åldersrelaterad diskriminering som omfattas av direktivet gör sig samma argument gällande som vid bedömningen utifrån den allmänna principen. De bekräftas av en rad specifika särdrag i direktivet.

103. För det första framgår det klart av skäl 25 att åldersdiskriminering i direktivets mening är ett omfattande begrepp. Detta överensstämmer även med sedvanliga tolkningsprinciper, enligt vilka diskrimineringsbegreppet i artikel 2 ska tolkas extensivt, medan avvikelser och skäl för dessa enligt artikel 2.2 b i och artikel 6 ska tolkas restriktivt. Att tolka artikel 2 så att den bara omfattade absolut åldersdiskriminering (när arbetsgivare behandlar en 50-åring mindre förmånligt än en 40-åring) skulle utgöra en restriktiv tolkning av den bestämmelsen. Domstolen har inte tolkat bestämmelser om diskriminering på grund av kön [94] eller andra grundläggande friheter i fördraget på det sättet.

93 — Se dom av den 9 oktober 2001 i mål C-379/99, Menauer (REG 2001, s. I-7275), punkt 18 och där angiven rättspraxis, och av den 7 januari 2004 i mål C-117/01, K.B. (REG 2004, s. I-541), punkt 26.

94 — Således innefattar könsdiskriminering även diskriminering till följd av könsbyte. Se dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P. mot S. (REG 1996, s. I-2143), punkterna 17–20, och av den 27 april 2006 i mål C-423/04, Richards (REG 2006, s. I-3585), punkt 24. I domen i målet Grant (ovan fotnot 21), punkt 42 (vilken dom emellertid föregick ikraftträdandet av Amsterdamfördraget och således införandet av artikel 13 i EG-fördraget), ansåg domstolen att könsdiskriminering inte omfattade en persons sexuella läggning.

104. För det andra skulle, såsom kommissionen påpekat, en tolkning av artikel 2 så att den bara omfattade absolut åldersdiskriminering göra det lättare att kringgå det diskrimineringsförbud som bestämmelsen innehåller. En slug arbetsgivare skulle kunna kringgå förbudet genom att förändra föreliggande diskriminering till relativ, snarare än absolut, åldersskillnad.

Fråga 3 b

105. Enligt min mening bör direktivet tolkas så att det förbjuder både absolut åldersdiskriminering och diskriminering på grund av relativ åldersskillnad. Vid min bedömning utifrån den allmänna principen har jag anfört att ”diskriminering på grund av relativ åldersskillnad” omfattar både diskriminering som drabbar den avlidna arbetstagaren och den efterlevande maken eller makan. [95] Jag kan inte förstå varför den princip som kommer till uttryck i artikel 2 i direktiv 2000/78, vilken är avsedd att ”genomföra” principen om likabehandling, [96] ska tolkas mer restriktivt i detta avseende än denna allmänna princip.

106. Jag grundar sålunda min bedömning på att ett åldersskillnadsvillkor som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan utgöra direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2000/78 [97] med avseende på både Max Hubert Bartsch och den efterlevande, Birgit Bartsch. Det ska emellertid framhållas att införlivandefristen inte hade löpt ut för Tysklands del vid den i målet relevanta tidpunkten.

107. Den hänskjutande domstolen har frågat om en diskriminering såsom den som följer av att åldersskillnadsvillkoret ger upphov till särbehandling kan vara befogad med hänsyn till att det ligger i arbetsgivarens intresse att begränsa de risker som följer av tjänstepensionen (och av arbetsgivarens önskan att göra sådana risker lättare att kvantifiera). [98] Enligt min mening upphör en risk som kvantifieras att vara en ”risk” och övergår till att vara en förutsebar skyldighet för vilken medel kan läggas undan. Det förefaller också klart att försäkringstekniska bedömningar kan kvantifiera de skyldigheter som sannolikt kan följa av ”åldersskillnader”. Jag utgår därför från att den hänskjutande domstolen huvudsakligen velat få klarhet i huruvida diskrimineringen kan motiveras av arbetsgivarens intresse av att göra en allmän begränsning av de kost-

95 — Se punkt 98.

96 — Artikel 1 i direktiv 2000/78.

97 — Enligt denna bestämmelse anses direkt diskriminering föreligga ”när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation” på grund av bland annat ålder. Indirekt diskriminering definieras i artikel 2.2 b.

98 — Se punkt 17 ovan.

nader som ska bäras inom ramen för ett frivilligt tjänstepensionssystem.

108. Direktiv 2000/78 ger en lättillgänglig ram för bedömningen av denna fråga. Om de händelser som ledde fram till förevarande begäran om förhandsavgörande hade inträffat efter det att införlivandefristen för direktiv 2000/78 hade löpt ut, skulle då ett åldersskillnadsvillkor i ett privat kompletterande tjänstepensionssystem av det slag som BSH har kunnat motiveras?

109. I direktiv 2000/78 definieras såväl direkt som indirekt diskriminering i artikel 2. De två delarna av artikel 2.2 inleds på samma sätt: ”… diskriminering anses förekomma när …”. I artikel 2.2 a definieras direkt diskriminering, utan att det antyds att sådan diskriminering i princip skulle kunna vara motiverad. I artikel 2.2 b däremot anges att ”indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en … viss ålder … jämfört med andra personer, om inte … bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga …”. Med andra ord ska indirekt diskriminering inte anses föreligga när villkoren i artikel 2.2 b är uppfyllda (och om de inte är det föreligger sådan diskriminering). Vid en första anblick förefaller detta (motsatsvis) tyda på att det *inte* kan finnas sakliga skäl för en diskriminering som omfattas av artikel 2.2 a. Det finns emellertid uppenbart en överlappning mellan vad som anges i artikel 2.2 b och utformningen av de (omfattande) sakliga skäl för åldersdiskriminering som anges i artikel 6.

110. I artikel 6.1 i direktiv 2000/78 anges villkor som enbart rör skälen för ett slags särbehandling, nämligen diskriminering på grund av ålder. Den inleds med orden ”Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva …”. Det görs ingen skillnad mellan artikel 2.2 a (direkt diskriminering) och artikel 2.2 b (indirekt diskriminering). Snarare står det medlemsstaterna fritt att föreskriva att all särbehandling som omfattas av artikel 2.2 ”inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål … och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga”. Vissa berättigade mål har angetts uttryckligen (”särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning”) i vad som (mot bakgrund av användningen av ordet ”särskilt”) inte är avsett att utgöra en uttömmande uppräkning. Efter denna inledning anges i punkterna a, b och c därefter (återigen i en icke uttömmande uppräkning) vissa typer av särbehandling, vilka före-

faller innefatta direkt diskriminering, [99] och delvis indirekt diskriminering [100] på grund av ålder. I artikel 6.2 anges villkor för vissa typer av åldersrelaterad särbehandling inom yrkesbaserade system för social trygghet.

111. Majoriteten av de specifika illustrationerna av ”berättigad” särbehandling i artikel 6.1 innefattar en *direkt* användning av ålder som beslutskriterium (”äldre arbetstagare”, ”minimivillkor avseende ålder”, ”högsta åldersgräns för rekrytering”). [101] Beslutskriteriet är således inte ”en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt” (såsom indirekt diskriminering definieras i artikel 2.2 b). Snarare rör det sig ofta om särbehandling på grund av ålder, rätt och slätt.

112. Den logiska slutsatsen är att enligt direktiv 2000/78 godtas uttryckligen *visst slags* särbehandling som *direkt* grundar sig på ålder, *under förutsättning* att de ”på ett objektivt och rimligt sätt … kan motiveras av ett berättigat mål … och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga”. Denna analys av direktivets lydelse stöds av domen i det ovannämnda målet Palacios de la Villa, [102] som rörde en obligatorisk bestämmelse om ålderspension i nationell lagstiftning. [103] I skäl 14 i direktiv 2000/78 anges att ”[d]etta direktiv [[104]] påverkar inte de nationella bestämmelserna om pensionsålder”. Det finns emellertid inte någon materiell bestämmelse i direktivet enligt vilken pensionsbestämmelser undantas från dess tillämpningsområde. Domstolen konstaterade att en sådan bestämmelse omfattades av direktivets tillämpningsområde och utgjorde direkt åldersdiskriminering. [105] Domstolen fastslog emellertid att den tjänade ett syfte som enligt artikel 6.1 i direktivet på ett objektivt och rimligt sätt motiverade en särbehandling på grund av ålder. [106]

113. Åldersskillnadsvillkoret kan inte enkelt inordnas i någon av de specifika illustrationer

99 — Till exempel fastställande av en minimiålder för anställning under vissa förhållanden (artikel 6.1 c).

100 — Till exempel fastställande av minimivillkor avseende yrkeserfarenhet för tillträde till vissa förmåner förknippade med anställningen (artikel 6.1 a). Yrkeserfarenhet medför, även om det utgör ett ”skenbart neutralt villkor”, sannolikt en indirekt diskriminering såsom ett åldersbaserat kriterium.

101 — Jämför generaladvokaten Jacobs diskussion angående två slags motiveringar för särbehandling på grund av kön och deras förhållande till direkt och indirekt diskriminering i punkterna 34 och 35 i hans förslag till avgörande i mål C-79/99, Schnorbus, där domstolen meddelade dom den 7 december 2000 (REG 2000, s. I-10997).

102 — Fotnot 20.

103 — I domen i det ovan i fotnot 20 nämnda målet Palacios de la Villa hade, till skillnad från förevarande mål, införlivandefristen förstås redan löpt ut. Se punkt 39 ovan.

104 — Detta är en märklig användning av ordet ”ska” (en föreskrivande form) i en ingress (som är förklarande). Se punkt 10 i det interinstitutionella avtalet om gemensamma riktlinjer för gemenskapslagstiftningens redaktionella kvalitet (EGT C 73, 1999, s. 1), till vilket jag hänvisade i mitt förslag till avgörande av den 10 april 2008 inför domen i mål C-345/06, Heinrich, punkterna 28, 64, och 65.

105 — Punkt 51.

106 — Punkt 66.

som lämnats i artikel 6.1 a, 6.1 b eller 6.1 c. Arbetsgivarens intresse av att allmänt begränsa kostnaderna i ett frivilligt tjänstepensionssystem [107] leder tanken till de omständigheter som ligger till grund för undantaget i artikel 6.2. Undantag ska, såsom en allmän princip, tolkas restriktivt. Samtidigt står det klart att artikel 6 inte innehåller någon uttömmande uppräkning av tillåtna undantag.

114. Om medlemsstaten redan hade införlivat direktiv 2000/78 skulle den (förmodligen) ha gjort vissa politiska ställningstaganden. Om den valt att åberopa artikel 6.2 i direktivet för att tillåta privata arbetsgivare att ha bestämmelser som åldersskillnadsvillkoret i sina tjänstepensionssystem skulle domstolen först ha att pröva huruvida användningen av åldersskillnadsvillkoret omfattades av undantaget, och om så var fallet bedöma det ifrågavarande systemet från proportionalitetssynpunkt.

115. Å ena sidan ger gemenskapsrätten såväl medlemsstaterna som, i förekommande fall, arbetsmarknadens parter på nationell nivå, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller inte bara valet av vilka social- och arbetsmarknadspolitiska mål som ska uppnås, utan även valet av medel för att genomföra dessa mål. [108]

116. Å andra sidan har domstolen ständigt intagit en sträng hållning i fråga om pensionssystem som, liksom i förevarande mål, *utesluter* vissa kategorier av personer, i motsats till sådana system som tillhandahåller differentierade förmåner. I synnerhet inskränkte domstolen sin begränsning av den retrospektiva verkan av sitt avgörande i domen i målet Barber [109] så att den begränsningen inte gällde för den förra typen av system. [110] Domstolen har också varit försiktig med att godta argument som

107 — Se punkt 107 ovan.

108 — Se domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 20), punkt 68. Se även skäl 25 i direktiv 2000/78.

109 — Dom av den 6 oktober 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-341). Den tidsmässiga begränsningen av det avgörandet inkorporerades i Protokoll (nr 17) angående artikel 141 i fördraget om upprättande av den Europeiska gemenskapen (1992).

110 — Se, till exempel, dom av den 28 september 1994 i mål C-57/93, Vroege (REG 1994, s. I-4541), punkterna 27 och 28, av den 28 september 1994 i mål C-128/93, Fisscher (REG 1994, s. I-4583; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-127), punkterna 49 och 50, av den 11 december 1997 i mål C-246/96, Magorrian and Cunningham (REG 1997, s. I-7153), punkterna 27–29, och av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-270/97 och C-271/97, Sievers och Schrage (REG 2000, s. I-929), punkterna 39–41.

grundat sig på försäkringstekniska beräkningar som skäl för särbehandling. [111]

117. Enligt den hänskjutande domstolen är åldersskillnadsvillkoret förenligt med nationell rätt eftersom det grundar sig på ”rättvisa skäl”, nämligen arbetsgivarens intresse av att begränsa totalkostnaden för frivilliga pensionssystem. [112] Dessa överväganden är vidare nära förbundna med åldersskillnadsvillkoret. Kostnadsbegränsningen grundar sig på ett demografiskt kriterium – ju yngre den efterlevande är i förhållande till de arbetstagare för vilka tjänstepension medges, desto längre är den period som arbetsgivaren i genomsnitt har att utge efterlevandepension.

118. Mot bakgrund av det omfattande handlingsutrymme som medlemsstaterna har inom ramen för social- och arbetsmarknadspolitik, är jag beredd att godta att det politiska val som en medlemsstat gjort att tillåta privata pensionssystem att innefatta något slags åldersskillnadsvillkor i princip kan motiveras av ett berättigat mål i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

119. Enligt min mening klarar ett system som – i likhet med det som BSH har – utesluter en änka i Birgit Bartsch situation [113] från varje rätt till betalning emellertid sannolikt inte den proportionalitetsprövning som anges i artikel 6.1, enligt vilken de medel som används för att uppnå berättigade mål ska vara ”lämpliga och nödvändiga”.

120. För det första framgår det av de svar som företrädare för BSH lämnade vid förhandlingen att när pensionssystemet ursprungligen upprättades hade företaget enbart fäst avseende vid frågan hur (befintliga) medel skulle fördelas.

111 — I domen i målet Lindorfer (ovan fotnot 19), punkt 56, fastslog domstolen att argumentet att åtskillnad i behandling mellan män och kvinnor är rättfärdigad med hänvisning till att det är nödvändigt att iaktta en sund ekonomisk förvaltning av gemenskapens pensionssystem inte med framgång kunde åberopas till stöd för en tillämpning av högre försäkringstekniska värden för kvinnor. Se även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande, punkterna 49–69, och mitt förslag till avgörande. Punkterna 43–50, inför domen i det målet. I dom av den 22 december 1993 i mål C-152/91, Neath (REG 1993, s. I-6935; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-487), och av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll (REG 1994, s. I-4389; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-89), fastslog domstolen att särbehandlingen i fråga om *arbetsgivares* bidrag inom ramen för pensionssystem med definierade förmåner grundat på försäkringstekniska beräkningar inte omfattades av (vad som nu är) artikel 141 EG. Generaladvokaten Van Gerven ansåg i förslag till avgöranden inför domarna i bland annat dessa mål (REG 1993, s. I-4893) att behovet av att upprätthålla den ekonomiska balansen i tjänstepensionssystem inte kunde motivera särbehandling i fråga om *arbetstagares* bidrag eller förmåner som grundar sig på försäkringstekniska beräkningar. Jämför även dom av den 16 juli 1998 i mål C-264/96, ICI (REG 1998, s. I-4695), av den 21 september 1999 i mål C-307/97, St Gobain (REG 1999, s. I-2651), av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X & Y (REG 2002, s. I-10829), av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), och av den 22 november 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2006, s. I-9141) (där domstolen avfärdade förlorade skatteintäkter som ett godtagbart skäl för diskriminering i strid med artikel 43 EG).

112 — Se punkt 107 ovan.

113 — Det vill säga en änka som är mer än 15 år yngre än sin under anställningen hos BSH avlidne make. Åldersskillnadsvillkoret gäller inte om den tidigare anställde avlider först sedan han gått i ålderspension, se punkt 13.

121. För det andra är det inte svårt att föreställa sig sätt att begränsa kostnaderna för frivilliga pensionssystem som är mindre ingripande än att totalt utesluta efterlevande. Till exempel kunde yngre efterlevande erhålla en reducerad förmån, möjligen enligt en fallande skala, eller så kunde betalningar utgå först när den efterlevande uppnått en viss ålder.

122. För det tredje finns det inget i de handlingar som domstolen har tillgång till som tyder på att efterlevandepension ska utgå bara när *den anställde* avlidit efter att ha uppnått en viss ålder. Således kommer den efterlevande att erhålla pension när den anställde och hans eller hennes make eller maka är lika gamla och den anställde avlidit vid 40 års ålder. Däremot kommer en 16 år yngre efterlevande till en arbetstagare som avlidit vid 56 års ålder inte att erhålla något. Det finns emellertid ingen relevant skillnad mellan dessa två efterlevande (båda är 40 år gamla) vad gäller deras egen förväntade livslängd, och således den tidsperiod under vilken de sannolikt kommer att uppbära efterlevandepension.

123. Om fråga 3 b bedöms utifrån den allmänna likabehandlingsprincipen, tillämpad på den specifika grunden ålder, är det svårt att se hur en sådan diskriminering på grund av ålder skulle kunna motiveras. I alla händelser skulle systemet inte klara en proportionalitetsbedömning.

124. Jag skulle därför föreslå, om det var nödvändigt, att en bestämmelse såsom det i målet vid den nationella domstolen aktuella åldersskillnadsvillkoret inte kan vara berättigat utifrån den omständigheten att arbetsgivaren har ett intresse av att begränsa den totala kostnaden för ett frivilligt pensionssystem.

Fråga 3 c

125. Den hänskjutande domstolen har frågat huruvida ett eventuellt förbud mot åldersdiskriminering har obegränsad retroaktiv verkan såvitt gäller bestämmelser för tjänstepensionssystem. Om så inte är fallet har den frågat på vilket sätt verkan är begränsad.

126. Även om den nationella domstolen i beslutet om att begära förhandsavgörande önskar klarhet i frågan från vilken precis tidpunkt principen om förbud mot åldersdiskriminering ska tillämpas och hur den principen ska förenas med skyddet för

berättigade förväntningar, står det klart att fråga 3 c egentligen gäller huruvida någon tidsmässig begränsning ska gälla för domen i förevarande mål. [114] Jag ska därför besvara frågan utifrån detta.

127. Begränsningar i tiden av en doms verkningar föreskrivs endast i undantagsfall och under förutsättning att två villkor är uppfyllda. För det första ska det i annat fall finnas risk för allvarliga ekonomiska svårigheter. För det andra måste enskilda och nationella myndigheter ha föranletts att uppträda på ett sätt som inte är förenligt med gemenskapsrätten till följd av en objektiv och betydande osäkerhet rörande innebörden av gemenskapsrättsliga bestämmelser. [115] Dessa villkor är kumulativa.

128. Varje begränsning i tiden av en doms verkningar måste dessutom fastställas av domstolen i den första dom som rör den berörda tolkningen. [116]

129. Enligt min mening bör verkningarna av domen i förevarande mål inte begränsas i tiden.

130. För det första finns det ingen utredning vid domstolen (vare sig i begäran om förhandsavgörande eller från BSH eller Tyskland [117]) som tillräckligt starkt visar att det skulle finnas risk för allvarliga ekonomiska följder ifall domstolen inte begränsade verkningarna av sitt avgörande i tiden.

131. För det andra begränsade domstolen inte domen i det ovannämnda målet Mangold i tiden. Den princip som (hypotetiskt) ska tillämpas i förevarande mål tillämpades för första gången i det målet.

132. Även om detta hade varit första gången som domstolen hade haft att överväga en tillämpning av den principen på ett privatfinansierat tjänstepensionssystem skulle den första av de två (kumulativa) förutsättningarna ändå inte vara uppfyllda.

133. Domen i förevarande mål bör därför inte begränsas i tiden.

114 — Tyskland efterfrågade specifikt en sådan begränsning.

115 — Se domen i det i fotnot 94 ovan nämnda målet Richards, punkt 42, och dom av den 18 januari 2007 i mål C-313/05, Brzeziński (REG 2007, s. I-513), punkt 57.

116 — Domen i målet Barber (ovan fotnot 109), punkt 41, domen i målet Vroege (ovan fotnot 110), punkt 31, och dom av den 6 mars 2007 i mål C-292/04, Meilicke (REG 2007, s. I-1835), punkterna 36 och 37.

117 — Tyskland har gjort gällande att ett stort antal avtal kan beröras av ett sådant avgörande, men har medgett att man inte förfogar över någon statistik till stöd för att så är fallet.

Förslag till avgörande

134. Jag föreslår mot denna bakgrund att domstolen besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt:

1) Medlemsstaterna är inte skyldiga att säkerställa skyddet enligt den allmänna gemenskapsrättsliga likabehandlingsprincipen (innefattande likabehandling oavsett ålder) när den påstådda diskrimineringen inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde.

2) Det finns inte någon specifik gemenskapsrättslig bestämmelse som kan utgöra skäl för att tillämpa den allmänna likabehandlingsprincipen (innefattande likabehandling oavsett ålder) på de omständigheter som lett fram till begäran om förhandsavgörande i förevarande mål.