FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
föredraget den 6 maj 2010 [1]

I — Inledning

1. Domstolen ges i detta förfarande för förhandsavgörande tillfälle att precisera sin rättspraxis avseende diskriminering på grund av ålder med avseende på villkoren för uppsägning av äldre arbetstagare. [2] Domstolen har härvid för första gången ombetts att ta ställning till avgränsningen mellan indirekt och direkt diskriminering på grund av ålder.

2. Detta mål avser en bestämmelse i den danska arbetsrätten, enligt vilken en arbetstagare som utan avbrott har varit anställd hos samma arbetsgivare under en längre tid ska erhålla avgångsvederlag om han sägs upp. Ett sådant avgångsvederlag beviljas emellertid inte personer som redan kan uppbära en ålderspension. Detta gäller även om den berörda arbetstagaren vill söka ett nytt arbete, och för det fall han väljer att omedelbart gå i pension måste han finna sig i en ekonomisk förlust vad gäller hans pension, till exempel i form av nedsättning på grund av förtidspension.

3. Den omtvistade frågan huruvida det unionsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av ålder även kan inverka direkt på förhållandet mellan privatpersoner [3] (horisontell direkt effekt) saknar betydelse i detta mål. Målet vid den nationella domstolen avser nämligen ett vertikalt rättsförhållande mellan en arbetstagare och hans arbetsgivare inom den offentliga sektorn. [4]

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se i detta avseende grundläggande dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa (REG 2007, s. I-8531).

3 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), särskilt punkt 77, och av den 19 januari 2010 i mål C-555/07 Kücükdeveci (REU 2010, s. I-365, punkt 51. Avseende kritik vad gäller denna rättspraxis, se bland annat generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), särskilt punkterna 79-97 och 105-139, och generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 22 maj 2008 i mål C-427/06, Bartsch, där domstolen meddelade dom den 23 september 2008 (REG 2008, s. I-7245), särskilt punkterna 31–65 och 79–93.

4 — Det förhåller sig annorlunda i det anhängiga målet C-45/09, Rosenbladt, som var föremål för muntlig förhandling vid domstolen samma dag som förevarande mål och i vilket generaladvokaten Trstenjak föredrog sitt förslag till avgörande den 28 april 2010.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

4. De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna i detta mål utgörs av rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling. [5] Syftet med detta direktiv är enligt artikel 1

”att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna”.

5. Under rubriken ”Begreppet diskriminering” föreskrivs följande i artikel 2 i direktiv 2000/78:

”1. 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.

2. Enligt punkt 1 skall

a) 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,

b) indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning 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, …

…”

5 — EGT L 303, a. 16.

6. Tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 fastställs i artikel 3 enligt följande:

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

…

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

…”

7. Artikel 6 i direktiv 2000/78, som avser befogad särbehandling på grund av ålder, har i utdrag följande lydelse:

”1) 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 sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:

a) Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.

…”

8. I artikel 18.1 i direktiv 2000/78 anges den 2 december 2003 som tidsfrist för att införliva direktivet.

B — *Nationell rätt*

9. Vad gäller den danska rätten utgörs de tillämpliga bestämmelserna i detta mål av lag om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och privatanställda tjänstemän (Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, nedan kallad Funktionærloven – FL). [6]

6 — Lag om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och privatanställda tjänstemän i dess lydelse enligt lag nr 224 av den 19 maj 1971 och lag nr 287 av den 24 april 1996 (se i detta avseende lag nr 68 av den 21 januari 2005).

10. 2a § FL har följande lydelse:

”1. Om en tjänsteman som utan avbrott har varit anställd i samma företag i 12, 15 eller 18 år sägs upp ska arbetsgivaren vid anställningens upphörande till tjänstemannen betala ett belopp som motsvarar en, två respektive tre månaders lön.

2. Bestämmelsen i första stycket är inte tillämplig om tjänstemannen vid anställningens upphörande kommer att uppbära folkpension.

3. Om tjänstemannen vid anställningens upphörande kommer att uppbära ålderspension från arbetsgivaren och om tjänstemannen blev ansluten till den aktuella pensionsförsäkringen innan … han fyllde 50 år bortfaller avgångsvederlaget.

…

5. Bestämmelsen i första stycket är även tillämplig vid oberättigad uppsägning.”

11. Såsom den hänskjutande domstolen anfört har danska Højesteret[7] i fast rättspraxis[8] tolkat 2a § tredje stycket FL på så sätt att rätten till avgångsvederlag bortfaller om det finns möjlighet att få utbetalt ålderspension, oberoende av om den tjänsteman som sagts upp önskar uppbära pension eller inte. Detta gäller även om en utbetalning vid anställningens upphörande innebär en nedsatt pension jämfört med den pension som skulle ha utbetalats vid senare pensionering (nedsättning på grund av förtidspension).

III — Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

12. Ole Andersen, som är född den 31 maj 1943, var från den 1 januari 1979 under 27 år anställd hos Region Syddanmark[9] (tidigare Sønderjyllands Amtsråd[10]) som handläggare. Genom brev av den 22 januari 2006 sade Region Syddanmark upp anställningsförhållandet till utgången av augusti år 2006 och angav som grund att arbetsgivaren inte hade tillit till att Ole Andersen kunde utföra sitt arbete på ett tillfredsställande och opartiskt sätt. Genom skiljedom fastställdes emellertid därefter att Ole Andersen inte hade åsidosatt sina förpliktelser på det sätt som hade påståtts och han tillerkändes därefter ersättning med ett belopp motsvarande

7 — Högsta domstolen i Danmark.

8 — Se till exempel dom från Højesteret av den 7 december 1988, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1989, s. 123 H.

9 — Regionen Syddanmark.

10 — Södra Jyllands landsting.

fyra månaders lön med anledning av att uppsägningen inte var sakligt grundad. [11]

13. I anslutning till uppsägningen gjorde Ole Andersen i ett e-postmeddelande av den 2 oktober 2006 dessutom gällande en rätt till avgångsvederlag enligt 2a § första stycket FL, med ett belopp motsvarande tre månaders lön och åberopade härvid att han hade varit anställd i mer än 18 år hos Region Syddanmark. Region Syddanmark bestred i ett brev av den 14 oktober 2006 kravet på betalning av avgångsvederlag med hänvisning till 2a § tredje stycket FL. Den anförde i sitt brev att Ole Andersen inte hade rätt till avgångsvederlag, eftersom han vid anställningens upphörande redan hade fyllt 63 år och därför kunde göra gällande en rätt till ålderspension.

14. Ole Andersen omfattades under sin anställning hos Region Syddanmark av en gruppensionsförsäkring i enlighet med gällande kollektivavtal. Av den månatliga avgift som skulle betalas inbetalade Ole Andersen en tredjedel, medan Region Syddanmark inbetalade två tredjedelar av denna avgift. Från 60 års ålder kunde Ole Andersen enligt bestämmelserna för gruppensionen gå i pension och uppbära ålderspension.

15. Storleken på pensionen enligt kollektivavtal beror bland annat på när den pensionsberättigade väljer att gå i pension. Den pensionsberättigade kan få utbetalt en högre månatlig pension genom att senarelägga pensioneringen. I förevarande fall förelåg följande situation enligt de uppgifter, som inte har motsagts, som lämnades av Region Syddanmark i målet vid den nationella domstolen. [12] Om avgifterna hade upphört att inbetalas den 1 augusti 2006 och Ole Andersen hade pensionerats direkt, skulle Ole Andersens årliga pension ha uppgått till 125 374 DKK. Om samma avgift hade fortsatt att inbetalas fram till den 1 juni 2008 och pensioneringen hade senarelagts fram till denna tidpunkt, skulle pensionen däremot ha ökat till 152 611 DKK. [13]

16. Ole Andersen valde att inte gå i pension efter det att hans anställning hade upphört, utan anmälde sig i stället som arbetssökande.

17. Den 12 juli 2007 yrkade Ingeniørforeningen i Danmark [14], som i egenskap av fackförening tillvaratar ingenjörers intressen

11 — Enligt samstämmiga uppgifter från parterna i målet vid den nationella domstolen grundar sig detta vederlag på 2b § FL och kan användas tillsammans med det här omtvistade avgångsvederlaget (se i detta avseende även 2a § femte stycket FL).

12 — Regionen Syddanmark hänför sig härvid till en uppgift som lämnats till Ole Andersens ombud den 30 januari 2008 från Danske civil- og akademiingeniørers Pensionskasse.

13 — Dessutom borde försäkringstagarna ha haft möjlighet att från den 1 januari 2007 byta till en ny pensionsförsäkring, vilket skulle ha medfört en ökning av Ole Andersens ålderspension från och med den 1 juni 2008, närmare bestämt till 167 411 DKK per år om avgifter hade upphört att betalas in den 1 augusti 2006 och till 176 544 DKK per år om avgifter hade fortsatt att betalas in fram till den 8 juni 2008.

14 — Ingeniörsförbundet i Danmark.

i Danmark, för Ole Andersens räkning, att Region Syddanmark skulle förpliktas att betala ett avgångsvederlag motsvarande tre månaders lön. Tvisten har anhängiggjorts vid Vestre Landsret, den hänskjutande domstolen. Klaganden har huvudsakligen gjort gällande att bestämmelsen i 2a § tredje stycket FL, enligt vilken Ole Andersen inte tillerkändes avgångsvederlag, medför en diskriminering på grund av ålder. Region Syddanmnark har bestritt detta.

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet inför domstolen

18. Vestre Landsret har genom beslut av den 14 november 2008, som kom in till domstolens kansli den 19 november 2008, vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska förbudet mot direkt eller indirekt diskriminering på grund av ålder i artiklarna 2 och 6 i rådets direktiv 2000/78 tolkas så, att det hindrar en medlemsstat från att upprätthålla nationella bestämmelser som innebär att en arbetsgivare – vid uppsägning av en tjänsteman som har varit anställd hos samma företag i 12, 15 eller 18 år utan avbrott – vid anställningens upphörande ska betala ersättning till tjänstemannen med ett belopp som motsvarar en, två respektive tre månaders lön, men att ett sådant avgångsvederlag inte ska betalas då tjänstemannen vid anställningens upphörande har möjlighet att uppbära ålderspension från en pensionsförsäkring, till vilken arbetsgivaren har gjort inbetalningar?”

19. I förfarandet vid domstolen har förutom de båda parterna i målet vid den nationella domstolen även den danska och den tyska regeringen samt Europeiska kommissionen avgett skriftliga och muntliga yttranden. I det skriftliga förfarandet deltog dessutom den nederländska och den ungerska regeringen.

V — Bedömning

20. Den hänskjutande domstolen vill genom sin fråga huvudsakligen få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken en tjänsteman som blir uppsagd inte har rätt till ett avgångsvederlag som föreskrivs i lag om han vid anställningens upphörande redan har rätt till ålderspension strider mot artiklarna 2 och 6 i direktiv 2000/78.

A — *Inledande anmärkningar avseende direktiv 2000/78*

1. Avgränsning till den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder.

21. Domstolen har slagit fast [15] att principen om likabehandling i arbetslivet inte slås fast i direktiv 2000/78 i sig. Direktivet syftar enligt rubriken och artikel 1 ”endast till att inom samma område fastställa en allmän ram för att bekämpa diskriminering på grund av ålder eller andra orsaker”. Förbudet mot diskriminering på grund av ålder ska anses som en allmän princip i unionsrätten.

22. Domstolen har med stöd av ovanstående överväganden hittills i två mål i sina svar på respektive begäran om förhandsavgörande direkt hänvisat till den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder [16] och fastställt att det ankommer på den nationella domstolen att vid behov ”underlåta att tillämpa” varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som strider mot denna princip. [17] Det förefaller härvid emellertid röra sig om ett konstgrepp för att lösa diskrimineringsproblem när det gäller rättsförhållanden mellan privatpersoner, i sådana fall där direktiv 2000/78 som sådant inte är direkt tillämpligt och således inte kan ha företräde framför nationell civil- och arbetsrätt. [18]

23. Det skulle säkerligen vara lockande att göra en noggrann granskning och prövning av den rättsdogmatiska grunden för den omtvistade horisontella direkta effekten av allmänna rättsprinciper eller grundläggande rättigheter mellan privatpersoner, [19] men detta skulle leda för långt här. Domstolen har i förevarande fall nämligen att pröva ett vertikalt rättsförhållande, i vilket Ole Andersen tveklöst i egenskap av tjänsteman gentemot sin arbetsgivare inom den offentliga sektorn direkt kan åberopa likabehandlingsprincipen

15 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkterna 74 och 75, och domen i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkterna 20 och 21.

16 — Avseende det omtvistade ursprunget av denna allmänna rättsprincip, se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 30 juni 2005 i målet Mangold (ovan fotnot 3), punkterna 83 och 84, generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 79–97, generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Bartsch (ovan fotnot 3), punkterna 79–93, och mitt förslag till avgörande av den 29 april 2010 i mål C-550/07 P, Akzo och Akcros mot kommissionen, punkt 96.

17 — Domarna i målen Mangold (ovan fotnot 3), punkt 77, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 51.

18 — Domen i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 46, med vidare hänvisningar.

19 — Se i detta avseende bland annat generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Mangold (ovan fotnot 3), punkterna 83, 84 och 100, generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 133–138, och generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Bartsch (ovan fotnot 3), punkterna 79–93, med vidare hänvisningar.

i direktiv 2000/78. [20] Det räcker därför helt och hållet att Vestre Landsrets begäran om förhandsavgörande endast besvaras med ledning av detta direktiv genom vilket den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder konkretiseras. [21] Domstolen har även tillämpat samma tillvägagångssätt i andra fall som nyligen avgjorts avseende problematiken med diskriminering på grund av ålder som också avsett vertikala rättsförhållanden. [22]

2. Den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 och det materiella tillämpningsområde för direktivets och dess tillämpning i tiden

24. Enligt artikel 3.1 c ska direktiv 2000/78 ”inom ramen för gemenskapens befogenheter … tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande: Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.” [23]

25. I egenskap av tjänsteman vid en dansk myndighet var Ole Andersen anställd ”inom den offentliga sektorn” eller vid ett ”offentligt organ” och ingår således i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2000/78.

26. I bestämmelsen i 2a § FL regleras rätten till avgångsvederlag för det fall arbetsgivaren säger upp anställningsförhållandet. Det rör sig härvid om en kontantförmån som hör till anställnings- och arbetsvillkoren i den mening som avses i artikel 3.1 c i direktiv 2000/78, varvid det för den rättsliga bedömningen saknar betydelse om den tillskrivs avskedande (uppsägning) eller lön. Den omständigheten att detta avgångsvederlag först tillerkänns efter det att arbetsförhållandet upphört utgör inte hinder mot att klassificera det som kontantförmån i anställningsförhållandet lika lite som den omständigheten att det grundar sig på lag. [24] Direktivet är således även tillämpligt i materiellt hänseende.

20 — Av fast rättspraxis följer att enskilda, när bestämmelserna i ett direktiv med hänsyn till bestämmelsernas innehåll är ovillkorliga och tillräckligt precisa, alltid har rätt att åberopa dessa gentemot staten, i synnerhet när staten är arbetsgivare (se bland annat dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall, REG 1986, s. 723, punkt 49, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457, av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact, REG 2008, s. I-2483, punkt 57, och av den 23 april 2009 i de förenade målen C-378/07–C-380/07, Angelidaki m.fl., REG 2009, II-3071, s. 193). Detta är normalt sett fallet när det gäller de diskrimineringsförbud som föreskrivs i unionsrätten (se punkt 90 i mitt förslag till avgörande av den 9 januari 2008 i målet Impact och, särskilt avseende den direkta tillämpningen av diskrimineringsförbudet med avseende på anställningsvillkor och uppsägning, den ovannämnda domen i målet Marshall, punkterna 52–55.

21 — Domen i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 21.

22 — Dom av den 18 juni 2009 i mål C-88/08, Hütter (REG 2009, s. I-5325), samt av den 12 januari 2010 i mål C-229/08, Wolf (REU 2010, s. I-1), och i mål C-341/08 Petersen (REU 2010, s. I-47).

23 — Se i detta avseende även domen i målet Hütter (ovan fotnot 22), punkt 34.

24 — Avseende innefattande av kontantförmåner som tillerkänns *efter det att anställningsförhållandet upphört* se dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, Maruko (REG 2008, s. I-1757), punkterna 40–44. Avseende kontantförmåner som arbetsgivaren tillerkänner på grund av lag, se bland annat dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkterna 16–18, av den 17 februari 1993 i mål C-173/91, kommissionen mot Belgien (REG 1993, s. I-673), punkt 17, och av den 8 juni 2004 i mål C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund (REG 2004, s. I-5907), punkt 36. Sistnämnda avsåg visserligen principen om lika lön för kvinnor och män, men kan utan vidare även tillämpas med avseende på direktiv 2000/78.

27. Även när det gäller tillämpningen i tiden så är bestämmelserna i direktiv 2000/78 tillämpliga i tvisten i målet vid den nationella domstolen, eftersom Ole Andersens anställningsförhållande sades upp den 22 januari 2006, det vill säga mer än tre år efter utgången av fristen för införlivande av detta direktiv (se artikel 18.1 i direktivet).

B — *Bedömning av en sådan bestämmelse som den danska bestämmelsen mot bakgrund av direktiv 2000/78*

28. Enligt artikel 1 jämförd med artikel 2.1 i direktiv 2000/78 är diskriminering på grund av ålder förbjuden i arbetslivet. Diskriminering utgör en särbehandling som inte är motiverad. [25] För att kunna fastställa om en bestämmelse som 2a § tredje stycket FL medför en diskriminering på grund av ålder ska det inledningsvis prövas om denna bestämmelse medför en särbehandling på grund av ålder (se i detta avseende nedan, avsnitt 1). Om denna fråga besvaras jakande, ska det prövas om denna särbehandling är motiverad (se nedan, avsnitt 2). [26]

1. Särbehandling i den mening som avses i artikel 2.2 i direktiv 2000/78

29. Såsom framgår av artikel 1 jämförd med artikel 2.1 i direktiv 2000/78 är syftet med direktiv 2000/78 att bekämpa såväl direkt som indirekt diskriminering på grund av ålder i arbetslivet.

30. En *direkt diskriminering på grund av ålder* i den mening som avses i direktiv 2000/78 anses förekomma när en person på grund av ålder behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation (artikel 2.2 a jämförd med artikel 1). [27]

25 — Se i detta avseende sista meningen i skäl 25 i direktiv 2000//78: ”Det är följaktligen mycket viktigt att göra en skillnad mellan berättigad särbehandling … och den diskriminering som bör vara förbjuden.” Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Mangold (ovan fotnot 3), punkt 58, Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 52, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkterna 32 och 33.

26 — Domstolen har även gått till väga på detta sätt bland annat i domarna i målen Wolf, punkt 25, och Petersen, punkt 31 (båda ovan fotnot 22).

27 — Se även domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 50, och dom av den 5 mars 2009 i mål C-388/07, Age Concern England (REG 2009, s. I-1569), punkt 33, samt domarna i målen Hütter (ovan fotnot 22), punkt 37, Wolf (ovan fotnot 22), punkt 28, Petersen (ovan fotnot 22), punkt 34, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 28.

Särbehandlingen anknyter således direkt till åldern. Däremot anses *indirekt diskriminering* endast förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer i en viss ålder jämförda med andra personer (artikel 2.2 b).

31. Avgränsningen mellan direkt och indirekt diskriminering är av rättslig betydelse framför allt av det skälet att möjligheterna till motivering skiljer sig åt beroende på om särbehandlingen direkt eller indirekt anknyter till åldern. [28] Möjligheterna att motivera en *indirekt särbehandling* på grund av ålder beskrivs i mycket allmänna ordalag i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78 (”objektivt motiveras av ett berättigat mål”). En *indirekt särbehandling* på grund av ålder kan däremot enbart motiveras av socialpolitiska skäl i den mening som avses i artikel 6.1 i direktivet, [29] av särskilda yrkeskrav i den mening som avses i artikel 4.1 i direktivet [30] eller av krav av hänsyn till allmän ordning och säkerhet (ordre public) i den mening som avses i artikel 2.5 i direktivet. Härav följer att de möjliga mål som får åberopas för att motivera en indirekt särbehandling på grund av ålder är mindre omfattande än de som kan motivera en direkt särbehandling. Kraven på proportionalitetsprövningen är emellertid huvudsakligen desamma.

32. De tjänstemän som omfattas av 2a § tredje stycket FL befinner sig alla i samma situation. Efter att ha varit anställda hos samma företag i minst 12 år utan avbrott har de sagts upp av arbetsgivaren. De särbehandlas emellertid med avseende på det här omtvistade avgångsvederlaget, beroende på om de redan kan uppbära ålderspension som medfinansierats av arbetsgivaren eller inte.

33. Vid den första anblicken tyder en sådan särbehandling beroende på om pension kan uppbäras eller inte enbart på en indirekt diskriminering på grund av ålder. Genom hänvisning till en sådan pensionsrätt förefaller bestämmelsen i 2a § tredje stycket FL grunda sig på ett neutralt kriterium som huvudsakligen

28 — Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 27), särskilt punkterna 58, 62 och 65.

29 — Se domarna i målen Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 46 första meningen och punkterna 49 och 52, och Hütter (ovan fotnot 22), punkt 41, i vilka domstolen klargjorde att ”de mål som kan anses vara ”berättigade ”i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78, och därför kan motivera att undantag görs från principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, är *socialpolitiska mål*, som rör till exempel sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning” (min kursivering).

30 — Domen i målet Wolf (ovan fotnot 22), särskilt punkterna 35 och 45.

enbart missgynnar äldre arbetstagare vad gäller de praktiska konsekvenserna.

34. Detta synsätt som i förevarande fall framför allt företräds av den danska regeringen och kommissionen är emellertid mycket restriktivt. Vid detta synsätt beaktas inte att en indirekt diskriminering även kan föreligga när en särbehandling stöder sig på ett kriterium som vid den första anblicken visserligen förefaller neutralt, men i själva verket är oupplösligt förbundet med den differentieringsgrund som har förbjudits av unionslagstiftaren.

35. Domstolen har till exempel slagit fast att direkt och inte enbart indirekt diskriminering på grund av kön föreligger när de åtgärder som en arbetstagare vidtar anknyter till om arbetstagaren är gravid eller inte. [31] Graviditeten har nämligen ett oupplösligt samband med arbetstagarens kön.

36. Denna rättspraxis avseende likabehandling av män och kvinnor kan tillämpas på den här aktuella likabehandlingsprincipen enligt direktiv 2000/78. [32] Direkt särbehandling på grund av ålder anses följaktligen inte enbart förekomma när en person uttryckligen på grund av ålder behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, utan även när denna behandling sker på grund av ett kriterium som absolut eller relativt [33] är oupplösligt förenat med åldern.

37. Detta är fallet när det gäller en bestämmelse som 2a § tredje stycket FL, enligt vilken en tjänsteman som redan kan uppbära ålderspension inte har rätt till avgångsvederlag. En sådan bestämmelse avser nämligen enbart tjänstemän som redan har uppnått den åldersgräns som gäller för dem för att uppbära ålderspension (minimiålder för pension). I det konkreta fallet får i den gruppensionsförsäkring i enlighet med gällande kollektivavtal som Ole Andersen omfattas av, såsom i de

31 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555), punkterna 12 och 17, och i mål C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567), punkt 13, samt av den 27 februari 2003 i mål C-320/01, Busch (REG 2003, s. I-2041), punkt 39, och av den 20 september 2007 i mål C-116/06, Kiiski (REG 2007, s. I-7643), punkt 55.

32 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 25 juni 2009 i mål C-73/08, Bressol m.fl., där domstolen meddelade dom den 13 april 2010 (REU 2010, s. I-2735), punkt 53, enligt vilket definitionen av vad som utgör direkt diskriminering, såsom utvecklats i samband med likabehandling av män och kvinnor, kan anpassas för att passa direkt diskriminering på någon av de förbjudna grunderna.

33 — Avseende skillnaden mellan absolut och relativ ålder, se generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Bartsch (ovan fotnot 3), punkterna 96 och 97 samt punkterna 104 och 105.

flesta andra sådana försäkringar i Danmark, [34] enbart de tjänstemän uppbära pension som har fyllt minst 60 år. I den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för 2a § tredje stycket FL ingår således enbart sådana tjänstemän som har uppnått en viss ålder. Det är enbart de som inte tillerkänns det avgångsvederlag som föreskrivs i 2a § första stycket FL. Tjänstemän som ännu inte har uppnått denna åldersgräns har däremot rätt till avgångsvederlag om de varit anställda hos samma företag.

38. På samma sätt som hänvisningen till graviditet enbart kan avse kvinnliga arbetstagare kan den danska lagstiftarens hänvisning till möjligheten att uppbära ålderspension enbart inverka på arbetstagare som uppnått minimiåldern för att uppbära pension och således har uppnått en viss ålder. Kriteriet huruvida det föreligger en rätt till ålderspension eller inte, som är avgörande för om en tjänsteman som under flera år utan avbrott varit anställd hos samma företag ska erhålla avgångsvederlag, utgör alltså inget objektivt urskiljande kriterium, utan ett kriterium som har ett direkt samband med den berördas ålder.

39. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL medför således en direkt särbehandling på grund av ålder i den mening som avses i artikel 2.2 a jämförd med artikel 1 i direktiv 2000/78. [35]

2. Huruvida särbehandlingen är motiverad

40. En bestämmelse som den i 2a § tredje stycket FL kan emellertid enbart medföra en diskriminering på grund av ålder som är förbjuden enligt direktiv 2000/78 om den direkta särbehandling på grund av ålder som den innebär inte är motiverad. De unionsrättsliga kraven på motivering av en sådan särbehandling framgår av artiklarna 2.5, 4.1

34 — Se i detta avseende de uppgifter som klaganden i målet vid den nationella domstolen lämnat i domstolsförfarandet som inte har ifrågasatts.

35 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 63, i vilken hänvisningen till ”pensionsåldern” ansågs utgöra ”en form av direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2000/78”.

och 6 i direktiv 2000/78. [36] Det är enbart den sistnämnda bestämmelsen, närmare bestämt artikel 6.1, som är av betydelse i detta mål.

a) Krav på motivering enligt artikel 6.1 i direktiv 2000/78

41. Enligt artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte ska 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”.

42. Med denna något klumpiga formulering anges i direktiv 2000/78 enbart de allmänna krav på motivering av en särbehandling som gäller enligt unionsrätten. Härvid avses med den inledande formuleringen ”på ett objektivt och rimligt sätt” samma sak som med följande del av meningen ”kan motiveras av ett berättigat mål … och är lämpliga och nödvändiga”. [37]

43. Domstolen har redan klargjort att adverbet på ett ”rimligt sätt” [38] i uttrycket ”på ett objektivt och rimligt sätt” i den första delen av meningen i artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 inte har någon självständig betydelse för prövningen avseende motiveringen. [39]

36 — Avseende artikel 4 i direktiv 2000/78 som godtagbar motivering för direkt särbehandling på grund av ålder, se domen i målet Wolf (ovan fotnot 22), avseende artikel 6 i direktiv 2000/78 som motivering för direkt särbehandling på grund av ålder, se domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 62. Även i domarna i målen Mangold (ovan fotnot 3), Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), Hütter (ovan fotnot 22), Petersen (ovan fotnot 22) och Kücükdeveci (ovan fotnot 3) har domstolen undersökt om situationer i vilka direkt särbehandling på grund av ålder förekom kunde motiveras mot bakgrund av artikel 6 i direktivet.

37 — Formuleringen ”på ett objektivt och rimligt sätt” (engelska ”objectively and reasonably justified”, franska: ”objectivement et raisonnablement justifiées”) har sitt ursprung i Europeiska domstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis (Europadomstolen) avseende artikel 14 i Europakonventionen, där den också enbart används som inledning för prövningen av de berättigade målen och proportionaliteten: Selon la jurisprudence de la Cour [européenne des Droits de lHomme], une distinction est discriminatoire au sens de l’article 14 [CEDH] si elle ”manque de justification objective et raisonnable”, c’est-à-dire si elle ne poursuit pas un ”but légitime” ou s’il n’y a pas de ”rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” (Europadomstolens dom i målet Gaygusuz mot Österrike av den 16 september 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, s. 1141, 42 §).

38 — I den engelska språkversionen ”reasonably”, i den franska versionen ”raisonnablement”.

39 — Domarna i målen Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 56 och 57, och Age Concern England (ovan fotnot 27), punkterna 65 och 67.

44. Även andra formuleringar i artikel 6.1 första stycket i direktivet uttrycker självklarheter.

45. Genom begreppet på ett ”objektivt” sätt betonas att de faktiska omständigheter och överväganden som åberopats som motivering av en särbehandling måste kunna prövas. Dessutom kan av ordet objektivt slutsatsen dras att överväganden som inte har något samband med saken, framför allt sådana som hänger nära samman med de förbjudna kriterierna för särbehandling som avses i artikel 1 i direktiv 2000/78, inte får åberopas som motivering av en särbehandling på grund av ålder. Med en sådan särbehandling får enbart ”berättigade mål” [40] eftersträvas. I artikel 6.1 i direktivet anges exempel på sådana mål.

46. Genom uttrycken ”lämpliga och nödvändiga” i den andra delen av meningen i artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 anges den proportionalitetsprövning som är vanlig i unionsrätten.

47. För att en direkt särbehandling på grund av ålder ska kunna motiveras enligt artikel 6.1 i direktiv 2000/78 krävs att den åtgärd som vidtagits grundar sig på ett *berättigat mål* och att den håller vid en *proportionalitetsprövning*.

b) Berättigat mål

48. Av lagens ordalydelse framgår inte vilka mål som eftersträvas med 2a § tredje stycket FL. Det framgår inte varför tjänstemän som blivit uppsagda och som redan kan uppbära ålderspension som finansierats av deras tidigare arbetsgivare inte ska erhålla avgångsvederlag.

49. Detta betyder emellertid inte att en bestämmelse som den danska utan vidare inte kan motiveras enligt artikel 6.1 i direktiv 2000/78. Det finns även möjlighet att utifrån det sammanhang i vilket bestämmelsen

40 — Den terminologiska skillnaden mellan ”legitimen” och ”rechtmäßigen” (berättigade) mål är ett särdrag i den tyska språkversionen, en liknande skillnad i formuleringen kan även fastställas i den italienska språkversionen (”finalità legittima” och ”giustificati obiettivi”). I övriga språkversioner, nämligen i den bulgariska, tjeckiska, danska, engelska, grekiska, spanska, estniska, franska, lettiska, litauiska, ungerska, maltesiska, nederländska, polska, portugisiska, rumänska, slovakiska, slovenska, finska och svenska, av artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 uppkommer inte detta problem. Delvis återfinns här på det hela taget enbart ett adjektiv på ett enda ställe som kan översättas med ”legitim” eller ”rechtmäßig”, delvis används samma adjektiv två gånger.

har antagits ta hjälp av andra uppgifter för att fastställa syftet bakom bestämmelsen. [41]

50. Det lagstiftningsmaterial [42] till vilket såväl Vestre Landsret som några av parterna i målet hänvisat ger i förevande fall upplysningar om syftet med 2a § tredje stycket FL. Enligt detta material utgick den danska lagstiftaren från att tjänstemän som blivit uppsagda och som kan uppbära ålderspension normalt sett försvinner från arbetsmarknaden. De ska därför inte erhålla avgångsvederlag enligt 2a § första stycket FL, som syftar till att ”underlätta övergången till ett nytt arbete” för ”äldre tjänstemän” som varit anställda hos en och samma arbetsgivare under flera år.

51. Med sin önskan att underlätta för äldre tjänstemän som, efter att ha förlorat sin arbetsplats av skäl som inte kan tillskrivas dem, behöver en ny arbetsplats att underlätta deras återinträde på arbetsmarknaden och därvid utforma övergången till ett nytt arbete på ett socialt acceptabelt sätt, syftar den danska lagstiftningen tveklöst till att uppnå ett berättigat socialpolitiskt mål inom sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitiken. En särbehandling på grund av ålder kan med avseende på villkor för avskedande (uppsägning) och löner i princip motiveras med stöd av ett sådant mål (artikel 6.1 första stycket jämförd med artikel 6.2 a i direktiv 2000/78). [43]

c) Proportionalitetsprövning

52. Det återstår emellertid att pröva huruvida det för att uppnå detta berättigade mål var proportionerligt att begränsa kretsen vederlagsberättigade inom ramen för 2a § FL till arbetstagare som vid anställningens upphörande ännu inte kan uppbära ålderspension, såsom 2a § tredje stycket FL i dess tolkning i dansk rättspraxis innebär. Det ska med andra ord prövas huruvida den begränsning av kretsen vederlagsberättigade, som den

41 — Domarna i målen Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 56 och 57, Age Concern England (ovan fotnot 27), punkterna 44 och 45, och Petersen (ovan fotnot 22), punkterna 39 och 40.

42 — Överväganden vad gäller lagförslaget avseende införandet av den här omtvistade bestämmelsen i FL (*Folketingstidende* 1970–1971, bilaga A, spalt 1334). De överväganden som gjordes vid den tidpunkten har nyligen bekräftats vid införlivandet av direktiv 2000/78 med avseende på diskriminering på grund av ålder, närmare bestämt genom övervägandena avseende lagförslag L 92 (*Folketingstidende* 2004–2005 [samling 1], bilaga A, sidorna 2686 och 2701), som slutligen ledde till att lag nr 1417 av den 22 december 2004 antogs.

43 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Mangold (ovan fotnot 3), punkterna 59–61, Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 65 och 66, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkterna 35 och 36.

danska lagstiftaren företagit, var ”lämplig och nödvändig” för att uppnå lagstiftningens socialpolitiska mål och om den inte medför en överdriven kränkning för de tjänstemän som inte tillerkänns avgångsvederlag. [44]

i) Lämplighet (avsaknad av en uppenbart olämplig åtgärd)

53. Lämplig i den mening som avses i den andra delen av meningen i artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78 är den åtgärd som den nationella lagstiftaren vidtar, här begränsningen av rätten till avgångsvederlag till sådana personer som ännu inte kan uppbära ålderspension, om den är *lämplig* för att uppnå det eftersträvade berättigade målet, det vill säga att för äldre anställda som efter det att de sagts upp fortfarande behöver en arbetsplats av ekonomiska skäl och den därmed underlättar övergången till ett nytt arbete. [45]

54. Det har i fast rättspraxis erkänts att medlemsstaterna förfogar över ett stort utrymme för eget skön i valet av åtgärder för att genomföra dessa syften inom området för social- och arbetsmarknadspolitik. [46] Vad gäller medlemsstaternas bedömningsföreträde begränsar sig domstolens roll till att säkerställa att de åtgärder som vidtagits *inte* är *oförnuftiga* [47] eller med andra ord att de åtgärder som vidtagits *inte* är *uppenbart olämpliga* för att uppnå det eftersträvade målet.

55. Genom en sådan bestämmelse som 2a § tredje stycket FL säkerställs att enbart de anställda som ännu inte kan uppbära ålderspension tillerkänns avgångsvederlag. Det är enbart de personer avseende vilka man med största sannolikhet kan utgå från att de även i fortsättningen kommer att stå till arbetsmarknadens förfogande och leta efter ett nytt arbete som har rätt till avgångsvederlag. Ett avgångsvederlag som enbart beviljas denna klart begränsade krets av personer syftar utan tvekan till att uppnå det mål som eftersträvas av lagstiftaren, nämligen att enbart gynna de tjänstemän som har varit anställda hos ett

44 — Avseende det sistnämnda kravet, se analogt domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 73.

45 — Det är ovanligt att adjektivet ”angemessen” tillämpas i den tyska språkversionen av artikel 6.1 första stycket i direktiv 2000/78. Såsom framgår av andra språkversioner (engelska: appropriate, franska: appropriés, italienska: appropriati, spanska: adecuados, portugisiska: apropriados, nederländska: passend) skulle adjektivet ”geeignet” passa bättre i den tyska språkversionen. Genom att tillämpa begreppet ”geeignet” hade dessutom den vilseledande upprepningen av ”angemessen” i den första och den andra delen av meningen i denna bestämmelse kunnat undvikas, såsom har skett i andra språkversioner.

46 — Domarna i målen Mangold (ovan fotnot 3), punkt 63, Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 68, Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 51, Hütter (ovan fotnot 22), punkt 45, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 38. Se, för ett liknande resonemang, även skäl 25 i direktiv 2000/78, där det anges att särbehandling på grund av ålder ”kräver … särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna” (se domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 69).

47 — Domarna i målen Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 72, och Petersen (ovan fotnot 22), punkt 70.

företag under flera år som faktiskt övergår till ett nytt arbete. Samtidigt kan det på så sätt minimeras att avgångsvederlaget används i strid med sitt syfte eller missbrukas av personer som i själva verket inte längre letar efter arbete och önskar uppbära ålderspension.

56. Ole Andersen och kommissionen har invänt att i strid med den danska lagstiftarens uttryckliga målsättning är det inte enbart ”äldre tjänstemän”, utan även yngre tjänstemän som påbörjat sin karriär förhållandevis tidigt och varit anställda hos en och samma arbetsgivare under en längre tid som gynnas av avgångsvederlaget i 2a § första stycket FL. En arbetstagare kan redan innan han fyllt 40 år ha varit anställd i företaget i 12, 15 eller 18 år, vilket krävs för att han ska tillerkännas avgångsvederlag, om han påbörjat sin anställning hos arbetsgivaren tidigt och inte avbrutit denna. Genom denna invändning ifrågasätts det inre sammanhanget i 2a § FL.

57. Det är riktigt att en nationell lagstiftning endast är ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet, ”om den på allvar svarar mot önskan att uppnå detta på ett sammanhängande och systematiskt sätt”.[48] Om den nationella lagstiftaren enbart hade velat ge ekonomisk trygghet åt arbetstagare som redan uppnått en förhållandevis hög ålder vid övergången till ett nytt arbete hade det inte varit konsekvent att även utbetala avgångsvederlag till yngre tjänstemän som varit anställda hos företaget lika länge.

58. Såsom emellertid Region Syddanmark och den danska regeringen klargjort i domstolsförfarandet ska avgångsvederlag i själva verket tillerkännas *samtliga* tjänstemän som varit anställda hos en och samma arbetsgivare förhållandevis länge, eftersom en övergång till ett nytt arbete är särskilt svår för dem oberoende av deras ålder. Mot bakgrund av vad som anförts ovan råder inte något tvivel om att en bestämmelse som den danska är konsekvent.[49]

48 — Se i detta avseende allmänt dom av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), punkt 55, och av den 17 november 2009 i mål C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri ”Sardegna” (REG 2009, s. I-10821), punkt 42 i slutet, samt särskilt i detta sammanhang med motivering på grund av ålder domarna i målen Petersen (ovan fotnot 22), punkt 53, och Hütter (ovan fotnot 22), punkterna 46 och 47, där det är tal om motstridighet och bristande inre sammanhang i den nationella lagstiftningen.

49 — Även domstolen har i sin senaste rättspraxis lagt vikt vid att anställda ska behandlas lika avseende deras anställningstid hos företaget oberoende av vid vilken ålder de anställdes (se domarna i målen Hütter (ovan fotnot 22), punkterna 47–50, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkterna 29–31 och punkterna 40–42).

59. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL kan följaktligen inte anses som uppenbart olämplig för att uppnå det socialpolitiska mål som lagstiftaren eftersträvar. Den är därför lämplig i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

ii) Nödvändighet

60. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL är emellertid enbart ”nödvändig” om det eftersträvade berättigade målet inte hade kunnat uppnås med en mindre ingripande men lika ändamålsenlig åtgärd.

61. Ett problem i detta sammanhang är att den danska lagstiftaren genom artikel 2a § tredje stycket FL *godtyckligt* frånkänner anställda som kan uppbära pension rätten till ett avgångsvederlag oberoende av om vederbörande verkligen går i pension eller vill fortsätta att arbeta.

62. Såsom redan har nämnts ovan förfogar medlemsstaterna över ett stort utrymme för eget skön i valet av åtgärder för att genomföra dessa syften inom området för social- och arbetsmarknadspolitik. [50] Detta utrymme för eget skön omfattar i princip även möjligheten att för enkelhetens skull inte göra en prövning i det enskilda fallet och i stället genom en standardiserad uppdelning enligt allmänna kriterier placera tjänstemännen i vissa kategorier, [51] trots att detta förvisso innebär att rättvisa inte uppnås i det enskilda fallet.

63. Medlemsstaternas utrymme för eget skön inom socialpolitikens område får emellertid inte leda till en urholkning av principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder. [52]

64. Detta är emellertid fallet här. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL, enligt vilken arbetsgivaren automatiskt befrias från förpliktelsen att betala ett avgångsvederlag när en pension kan uppbäras, lockar arbetsgivaren till att företrädesvis säga upp sådana tjänstemän som har uppnått minimiåldern för pension. För arbetsgivare är det mer förmånligt att bland de arbetstagare som har

50 — Se ovan punkt 54 i detta förslag till avgörande med hänvisningar till rättspraxis i fotnot 46.

51 — Se mitt förslag till avgörande av den 1 april 2004 i mål C-19/02, Hlozek, där domstolen meddelade dom den 9 december 2004 (REG 2004, s. I-11491), punkterna 57 och 58.

52 — Domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 51. Se, för ett liknande resonemang dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkt 75, av den 20 mars 2003 i mål C-187/00, Kutz-Bauer (REG 2003, s. I-2741), punkt 57, och av den 18 januari 2007 i mål C-385/05, Confédération générale du travail m.fl. (REG 2007, s. I-611), punkt 29. Se även mitt förslag till avgörande i målet Hlozek (ovan fotnot 51), punkt 59.

varit anställda hos företaget under en lika lång period säga upp dem som har uppnått en viss åldersgräns som utgörs av minimiåldern för pension.

65. Bortsett från detta hade det funnits mindre ingripande åtgärder för att säkerställa att avgångsvederlaget enbart kommer sådana arbetstagare till godo som verkligen står till arbetsmarknadens förfogande och letar efter en ny arbetsplats. Den danska lagstiftaren kunde som krav för utbetalning av avgångsvederlag ha uppställt villkoret att den berörda arbetstagaren under en viss minimiperiod verkligen anmäler sig som arbetssökande och fram till utgången av denna period inte heller begär utbetalning av sin ålderspension. För att samtidigt skona arbetsgivaren från en alltför tung administrativ börda borde man ha ålagt arbetstagaren att självmant inkomma med bevis vid tidpunkter som fastställs på förhand. Såsom kommissionen anfört borde arbetstagaren dessutom ha kunnat förpliktas att återbetala ett avgångsvederlag som missbrukats eller utbetalats i strid med sitt syfte.

66. Mot bakgrund av vad som anförts ovan går en bestämmelse som 2a § tredje stycket FL utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att avgångsvederlaget, såsom lagstiftaren avsett, enbart tillerkänns dem som fortfarande behöver en arbetsplats efter det att de sagts upp.

iii) En överdriven kränkning för arbetstagarna

67. Även om en bestämmelse som 2a § tredje stycket FL skulle anses som nödvändig för att uppnå det berättigade mål som eftersträvas av den nationella lagstiftaren återstår det att pröva om bestämmelsen inte leder till en överdriven kränkning av arbetstagarens berättigade förväntningar.

68. Detta tilläggskriterium, som domstolen utvecklat i domen i målet Palacios de la Villa, [53] är ett uttryck för den i unionsrätten gällande allmänna proportionalitetsprincipen. Enligt denna princip får åtgärder, även om de är lämpliga och nödvändiga för att förverkliga de berättigade målen, *inte orsaka olägenheter som är orimliga i förhållande till de åsyftade målen* [54] (så kallad proportionalitet i dess mer begränsade betydelse). Med andra ord måste det socialpolitiska mål som eftersträvas på nationell nivå och kraven enligt likabehandlingsprincipen sammanjämkas så långt det är möjligt, [55] och det ankommer på den behöriga

53 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 73.

54 — Fast rättspraxis se bland annat dom av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schräder (REG 1989, s. 2237; svensk specialutgåva, volym 10, s. 97), punkt 21, av den 10 mars 2005 i de förenade målen C-96/03 och C-97/03, Tempelman och van Schaijk (REG 2005, s. I-1895), punkt 47, och av den 9 mars 2010 i de förenade målen C-379/08 och C-380/08, ERG m.fl. (REU 2010, s. I-2007), punkt 86.

55 — Dom av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 39, avseende principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetet, och domen i målet Mangold (ovan fotnot 3), punkt 65, avseende principen om likabehandling enligt direktiv 2000/78.

medlemsstaten ”att hitta en jämvikt mellan de olika intressen som föreligger”. [56]

69. Den berörda arbetstagaren kan trots rätten till ålderspension också ha intresse av att fortsätta att utöva sin yrkesverksamhet även efter det att han förlorat den arbetsplats där han varit anställd under flera år. Avgörande i detta sammanhang är att var och en enligt unionsrätten har rätt att arbeta och utöva sitt yrke (artikel 15.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [57]). Denna europeiska grundläggande rättighet riktar sig även till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten, till exempel det här tillämpliga direktivet 2000/78 (artikel 51.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna). Stadgan ska även beaktas vid tolkningen och tillämpningen av nationell lagstiftning i situationer som fortfarande pågår. [58]

70. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL gör det svårare för tjänstemän som redan kan uppbära ålderspension att fortsätta att utöva sin rätt att arbeta, eftersom de vid övergången till ett nytt arbete, i motsats till andra tjänstemän som varit anställda i företaget under lika många år, inte får något ekonomiskt stöd i form av ett avgångsvederlag. Det mål som ligger bakom direktiv 2000/78, det vill säga att ge stöd till äldre arbetstagare så att de i högre grad ska kunna delta i arbetslivet, [59] kan inte heller uppfyllas lika bra på det sättet.

71. Det är nödvändigt att göra en rättvis avvägning mellan de berörda arbetstagarnas intresse att fortsätta att arbeta och andra intressen. Domstolen har i domen i målet Palacios de la Villa godtagit att det av sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitiska skäl kan vara motiverat att ”tvinga” en arbetstagare som har uppnått en fastställd åldersgräns ”till pensionering”. [60]

72. Medlemsstaterna eller arbetsmarknadens parter kan i än högre grad i princip inte förbjudas att vidta mindre ingripande åtgärder än att tvinga en arbetstagare till pensionering. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL innebär inget förbud för arbetstagare som

56 — Domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkt 71.

57 — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tillkännagavs till att börja med högtidligt den 7 december 2000 i Nice (EGT C 364, 2000, s. 1) och därefter ännu en gång den 12 december 2007 i Strasbourg (EUT C 303, 2007, s. 1).

58 — Se fast rättspraxis av vilken det framgår att en ny bestämmelse i princip ska tillämpas omedelbart på framtida verkningar av en situation som har uppkommit under en äldre bestämmelses giltighetstid, se dom av den 5 december 1973 i mål 143/73, SOPAD (REG 1973, s. 1433), punkt 8, av den 29 januari 2002 i mål C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer (REG 2002, s. I-1049), punkt 50, av den 11 december 2008 i mål C-334/07 P, kommissionen mot Freistaat Sachsen (REG 2008, s. I-9465), punkt 43, och av den 14 januari 2010 i mål C-226/08, Stadt Papenburg (REU 2010, s. I-131), punkt 46. Detta är även förklaringen till varför domstolen i domen i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 22, och i dom av den 4 mars 2010 i mål C-578/08, Chakroun (REU 2010, s. I-1839), punkt 44, hänförde sig till stadgan som bindande primärrätt.

59 — Skäl 9 i direktiv 2000/78.

60 — Domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), särskilt punkt 73.

kan uppbära pension att fortsätta med sin yrkesverksamhet. De berörda får dock, när de söker ett nytt arbete, inte längre ekonomiskt stöd i samma omfattning som andra arbetstagare som ännu inte kan uppbära ålderspension. Därigenom beaktas, såsom den danska och den tyska regeringen påpekat, bland annat arbetsgivarens berättigade intresse av en avgränsning av arbetsgivarnas börda vid uppsägning. [61]

73. Förlusten av en rätt till ekonomiskt stöd vid övergången till ett nytt arbete kan emellertid allvarligt skada en uppsagd arbetstagares intressen. Detta är fallet när en omedelbar pensionering skulle vara kopplad till en betydlig nedsättning av pensionen på grund av förtidspension för den berörda arbetstagaren eller med andra kraftiga minskningar i förhållande till den pension som han maximalt kan uppnå. I ett sådant fall är hans intresse av att fortsätta att arbeta av särskilt stor betydelse. Ju längre han arbetar desto större framtida pensionsrätt kommer han normalt sett att ha intjänat och desto lägre kommer den nedsättning på grund av förtidspension som han eventuellt måste finna sig i att vara.

74. Detta kan klargöras med Ole Andersen som exempel. Om han vid anställningsförhållandets upphörande i augusti 2006 hade beslutat sig för att omedelbart gå i pension så hade han haft rätt till en årlig ålderspension om 125 374 DKK. [62] Om han hade fortsatt att betala samma avgift fram till den 1 juni 2008 i samband med en senareläggning av pensioneringen till denna tidpunkt hade hans ålderspension däremot stigit till 152 611 DKK per år, [63], det vill säga hans ålderspension hade nominellt varit 20 procent högre redan efter knappt ytterligare två år.

61 — Domstolen har visserligen framhållit att ”rent individuella skäl som hänför sig till arbetsgivarens situation, såsom att minska kostnaderna eller att stärka konkurrenskraften” som sådana inte kan motivera en direkt särbehandling på grund av ålder. Den har emellertid samtidigt påpekat att det inte är uteslutet att även arbetsgivarnas intressen beaktas i syfte att uppnå sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitiska mål i det allmännas intresse. Det var således berättigat av den danska lagstiftaren att vid utformningen av rätten till avgångsvederlag enligt 2a § FL även beakta arbetsgivarens intresse av att undvika en överdriven ekonomisk börda. Se i detta avseende domen i målet Age Concern England (ovan fotnot 27), punkt 51. Även i domen i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 3) har domstolen förklarat att mål som ”ett större utrymme för personalflexibilitet” och en mildring av arbetsgivarens åligganden i samband med uppsägning av vissa grupper av arbetstagare inte är obetydliga, punkt 39. Den har i stället fastställt att den lagstiftning som lagstiftaren valt för att uppnå dessa mål inte är ”lämplig för att genomföra detta mål”, punkt 40.

62 — Den 31 augusti 2006 hade detta motsvarat ett motvärde på 16 807,64 euro, det vill säga omkring 1 400 euro per månad.

63 — Den 1 juni 2008 hade detta motsvarat ett motvärde på 20 460,56 euro, det vill säga omkring 1 705 euro per månad.

75. Den nationella lagstiftarens (samt arbetsmarknadens parters) betydande utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för arbets- och socialpolitik omfattar säkerligen frågan i vilken utsträckning anställda måste finna sig i nedsättningar av sina pensioner på grund av förtidspension och andra minskningar av den pension som de maximalt kan uppnå. Såvitt framgår har den danska lagstiftaren emellertid inte beaktat dessa problem vare sig vid införandet av den här omtvistade bestämmelsen i 2a § tredje stycket FL [64] eller i samband med det senare införlivandet av direktiv 2000/78. [65] Den danska lagstiftaren har överhuvudtaget inte använt sitt utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende.

76. I 2a § tredje stycket FL görs ingen åtskillnad mellan arbetstagare som uppnått ordinarie pensionsålder och sådana som enbart uppnått lägsta pensionsålder. Båda grupperna kan emellertid inte utan vidare ”dras över en kam”, eftersom de skiljer sig åt på en viktig punkt. Innan den ordinarie pensionsåldern uppnås är uppbärande av ålderspensionen normalt sett kopplad till betydande nedsättningar av pensionen på grund av förtidspension, vilket kan få allvarliga ekonomiska följder för de berörda. Dessutom är normalt sett även den framtida pensionen lägre ju längre bort från den ordinarie pensionsåldern som en arbetstagare befinner sig.

77. Sedan 2a § tredje stycket FL ändrades år 1996 begränsas bortfallet av avgångsvederlag endast till att omfatta de fall där den uppsagde arbetstagaren anslutit sig till sin pensionsförsäkring innan han fyllt 50 år. Därmed uppnås emellertid enbart att framtida rättigheter till så kallade minimipensioner inte påverkar rätten till avgångsvederlag. Däremot utesluts inte att en arbetstagare måste finna sig i betydliga nedsättningar på grund av förtidspension. I extremfall kan detta leda till att en arbetstagare som anslutit sig till sitt försäkringssystem vid 49 års ålder och förlorar sin arbetsplats vid 61 års ålder förlorar sin rätt till avgångsvederlag enligt 2a § första stycket FL trots att han efter att ha betalat avgifter i 12 år endast kan förvänta sig en förhållandevis låg ålderspension enligt kollektivavtalet. Om denna pension tas i anspråk omedelbart måste han dessutom finna sig i nedsättning på grund av förtidspension.

64 — Ursprungligen 2a § andra stycket FL.

65 — Såsom framgår av handlingarna i målet har den danska lagstiftaren i samband med införlivandet av direktiv 2000/78 enbart prövat om det är objektivt motiverat att inte utbetala avgångsvederlag till *yngre anställda*. Frågan huruvida däremot *äldre* arbetstagare som redan kan uppbära ålderspension diskrimineras på grund av ålder genom 2a § tredje stycket FL diskuterades inte (se ovan fotnot 42).

78. En bestämmelse som 2a § tredje stycket FL kan således inte anses ge uttryck för en rättvis avvägning mellan de olika intressen som berörs. Den medför en överdriven kränkning för de arbetstagare som berörs av denna bestämmelse genom att det presumeras, på ett sätt som inte går att motbevisa, att dessa alltid kommer att försvinna från arbetsmarknaden även om den individuella pension som de kan uppnå minskar betydligt. En tjänsteman har emellertid ett berättigat intresse av att fortsätta utöva sitt yrke om han för det fall han omedelbart går i pension måste finna sig i en betydlig nedsättning av pensionen på grund av förtidspension eller andra betydande minskningar i förhållande till den pension som han maximalt kan uppnå.

79. Därmed skiljer sig förevarande fall för övrigt fundamentalt från domen i målet Palacios de la Villa, i vilket de tillämpliga spanska lag- och kollektivavtalsbestämmelserna inte anknöt till minimiåldern för pension, utan till den ordinarie pensionsåldern och klaganden redan hade uppnått sin maximala framtida pension. [66]

66 — Domen i målet Palacios de la Villa (ovan fotnot 2), punkterna 24, 27 och 30.

iv) Slutsats i denna del

80. En bestämmelse som den i 2a § tredje stycket FL är inte nödvändig för att uppnå det mål som eftersträvas med denna bestämmelse. Dessutom medför den en överdriven kränkning av den berörda arbetstagarens intressen. Av dessa båda skäl kan den särbehandling på grund av ålder som denna bestämmelse medför inte motiveras enligt artikel 6.1 i direktiv 2000/78.

3. Konsekvenserna för målet vid den nationella domstolen

81. Enligt fast rättspraxis är de nationella domstolarna vid tillämpningen av nationell rätt skyldiga att i den utsträckning som det är möjligt tolka denna mot bakgrund av ett direktivs ordalydelse och syfte, så att det resultat som avses i direktivet uppnås, och därmed agera i överensstämmelse med artikel 288 tredje stycket FEUF. [67]

82. Denna skyldighet att göra en direktivkonform tolkning begränsas visserligen av allmänna rättsprinciper, särskilt av principerna om rättssäkerhet och förbud mot retroaktiv

67 — Se bland annat dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26, av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 113, domarna i målen Impact (ovan fotnot 20), punkt 98, Angelidaki m.fl. (ovan fotnot 20), punkt 197, och Kücükdeveci (ovan fotnot 3), punkt 47.

tillämpning, och av att nationell rätt inte får tolkas *contra legem*. [68]

83. Principen om direktivkonform tolkning innebär oberoende av detta icke desto mindre att de nationella domstolarna ska göra allt som ligger inom deras behörighet, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av dess erkända tolkningsmetoder, för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte. [69] De ska därvid utnyttja det utrymme för skönsmässig bedömning som de förfogar över enligt nationell rätt. [70]

84. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra om och i vilken utsträckning 2a § tredje stycket FL kan tolkas i enlighet med de ovannämnda bestämmelserna i direktiv 2000/78. Utan att föregripa Vestre Landsrets bedömning, på vilken det ankommer att tolka den nationella rätten, [71] anser jag att en tolkning i enlighet med direktivet är möjlig i förevarande fall. Den stränga tillämpningen av undantagsbestämmelsen i 2a § tredje stycket FL grundar sig enbart på en tolkning i dansk rättspraxis. Ordalydelsen i denna bestämmelse (”Om tjänstemannen vid anställningens upphörande kommer att uppbära ålderspension …”) skulle även kunna tolkas på så sätt att enbart sådana personer som *verkligen kommer att uppbära* ålderspension omfattas av bestämmelsen utan att nödvändigtvis även sådana personer som enbart *kan uppbära* ålderspension avses. [72]

85. Om det skulle vara omöjligt att tolka 2a § tredje stycket FL i enlighet med direktivet måste den nationella domstolen underlåta att tillämpa bestämmelsen i tvisten i målet vid den nationella domstolen, [73] med den följd

68 — Dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285), punkterna 44 och 47, samt domarna i målen Impact (ovan fotnot 20), punkt 100, och Angelidaki m.fl. (ovan fotnot 20), punkt 199.

69 — Domarna i målen Pfeiffer (ovan fotnot 67), punkterna 115, 116, 118 och 119, Impact (ovan fotnot 20), punkt 101, och Angelidaki m.fl. (ovan fotnot 20), punkt 200. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, i vilken domstolen fastställde att den nationella domstolen ”är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte”.

70 — Domen i målet von Colson och Kamann (ovan fotnot 67), punkt 28. Se även dom av den 4 februari 1988 i mål 157/86, Murphy m.fl. (REG 1988, s. 673; svensk specialutgåva, volym 9, s. 349), punkt 11, och av den 11 januari 2007 i mål C-208/05, ITC (REG 2007, s. I-181), punkt 68.

71 — Dom av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 103, och av den 19 september 2006 i mål C-506/04, Wilson (REG 2006, s. I-8613), punkt 34, samt domen i målet Angelidaki m.fl. (ovan fotnot 20), punkt 48.

72 — Såsom den tyska regeringen angett i sitt skriftliga yttrande grundar sig denna praxis avseende 2a § tredje stycket FL på en teleologiskt restriktiv tolkning av bestämmelsen vid vilken det danska verbet ”vil” ska tolkas som ”kan”.

73 — Fast rättspraxis, se bland annat domen i målet Marshall (ovan fotnot 20), punkterna 55 och 56, enligt vilken likabehandlingsprincipen ”kan åberopas gentemot en statlig myndighet som agerar i egenskap av arbetsgivare för att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser som inte är förenliga med [denna princip]”. Se dessutom domarna i målen ITC (ovan fotnot 70), punkt 69, och Petersen (ovan fotnot 22), punkterna 80 och 81.

att även en person som befinner sig i Ole Andersens situation ska tillerkännas avgångsvederlag i enlighet med 2a § första stycket FL. I de fall där den nationella lagstiftaren inte har antagit några bestämmelser för att motverka diskriminering, kan iakttagandet av likhetsprincipen endast säkerställas genom att de som drabbats av denna diskriminering tillerkänns samma förmåner som de som behandlats mer förmånligt. [74]

4. Avslutande anmärkningar

86. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar på dess tolkningsfråga ska för fullständighetens skull följande påpekas:

87. Den omständigheten att betalningen av avgångsvederlaget i 2a § första stycket 1 FL är kopplad till anställning hos ett företag under flera år utan avbrott kan tyda på att syftet med detta avgångsvederlag inte enbart är att ge ekonomiskt stöd vid en övergång till ett nytt arbete. Med ett sådant avgångsvederlag kan åtminstone delvis även arbetstagarens trohet mot företaget belönas.

88. På en liknande fråga från domstolen rådde oenighet mellan parterna i målet huruvida en sådan belöning för tidigare trohet mot företaget är inneboende i bestämmelsen i 2a § FL. Medan den danska regeringen, Region Syddanmark och kommissionen har förnekat detta har Ole Andersen intagit motsatt ståndpunkt. Det ankommer slutligen på den nationella domstolen att bilda sig en uppfattning i detta avseende. [75]

89. Om bestämmelsen i 2a § FL åtminstone delvis syftade till att belöna trohet mot företaget under flera år skulle detta utgöra ytterligare ett tvingande skäl till att inte underlåta att utge avgångsvederlag till arbetstagare enbart av det skälet att de redan har rätt till pension. För belöningen för tidigare trohet mot företaget saknar det nämligen betydelse om en arbetstagare kan uppbära ålderspension eller inte vid tidpunkten för anställningens upphörande.

74 — Fast rättspraxis, se bland annat dom av den 21 juni 2007 i de förenade målen C-231/06–C-233/06, Jonkman m.fl. (REG 2007, s. I-5149), punkt 39 och där angiven rättspraxis.

75 — Domen i målet Petersen (ovan fotnot 22), punkt 42.

VI — Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar frågan från Vestre Landsret på följande sätt:

”Om en arbetstagare som under flera år varit anställd hos ett företag vid uppsägning tillerkänns avgångsvederlag som föreskrivs i lag som syftar till att ge honom ekonomiskt stöd vid övergången till ett nytt arbete strider det mot artiklarna 2 och 6 i direktiv 2000/78/EG att inte utge detta avgångsvederlag till sådana arbetstagare som vid anställningens upphörande kan uppbära ålderspension på grund av anställningsförhållandet såvida det inte beaktas

— om den berörda tjänstemannen vid denna tidpunkt verkligen kommer att uppbära ålderspension eller fortfarande kommer att stå till arbetsmarknadens förfogande, och

— om pensioneringen vid denna tidpunkt medför en betydlig nedsättning av pensionen på grund av förtidspension eller andra betydande minskningar i ekonomiskt hänseende vad gäller pensionens storlek för den berörda arbetstagaren.”