FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremsat den 7. juli 2009 [1]

1. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse kræver, at Domstolen på ny klarlægger de retsforskrifter, der vedrører fællesskabsrettens forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, og rækkevidden af dette forbud. Den giver Domstolen lejlighed til at tydeliggøre, hvilken betydning der skal tillægges dom af 22. november 2005, Mangold [2].

2. Mere specifikt vil den foreliggende sag foranledige Domstolen til at give nærmere oplysninger om retsforskrifterne vedrørende det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og den rolle, de spiller i en situation, hvor fristen for at gennemføre Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [3]er udløbet. Det skal nærmere fastslås, hvilken rolle og hvilke beføjelser den nationale retsinstans har i relation til en national lovgivning, som indebærer forskelsbehandling på grundlag af alder, når de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til tvisten i hovedsagen, har udspillet sig efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2000/78, og tvisten er mellem to privatpersoner.

3. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Seda Kücükdeveci og hendes tidligere arbejdsgiver, Swedex GmbH & Co. KG (herefter »Swedex«), om beregningen af længden af det opsigelsesvarsel, der gjaldt for hendes afskedigelse.

4. I dette forslag til afgørelse forklarer jeg først, hvorfor direktiv 2000/78 i den foreliggende sag udgør den relevante norm, på grundlag af hvilken det skal fastslås, om der foreligger forskelsbehandling på grund af alder.

5. Derpå angiver jeg, at dette direktiv efter min opfattelse skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, hvorefter ansættelsesperioder, som en arbejdstager har tilbagelagt, før vedkommende er fyldt 25 år, ikke skal medtages ved beregningen af ansættelsesforholdets varighed, der på sin side anvendes til at fastsætte det opsigelsesvarsel, arbejdsgiveren skal overholde i tilfælde af afskedigelse.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Sag C-144/04, Sml. I, s. 9981.
3 — EFT L 303, s. 16.

6. Endelig forklarer jeg, hvorfor jeg mener, at den forelæggende ret i en situation, hvori den ikke kan fortolke den nationale ret i overensstemmelse med direktiv 2000/78, i medfør af princippet om fællesskabsrettens forrang og på baggrund af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder har beføjelse til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der strider imod direktivet, herunder også i en tvist mellem to privatpersoner.

I — Retsforskrifter

A — *Direktiv 2000/78*

7. Formålet med direktiv 2000/78 er ifølge dets artikel 1 »med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«.

8. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

[…]

[…]«

9. I direktivets artikel 3, stk. 1, bestemmes:

»1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

[…]«

10. Artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 lyder således:

»1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem

b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervserfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse

eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse

c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.«

11. Ifølge artikel 18, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal direktivet være gennemført i medlemsstaternes nationale retsorden senest den 2. december 2003. Dog gælder ifølge samme artikels stk. 2:

»For at tage hensyn til særlige forhold kan medlemsstaterne om nødvendigt få en yderligere frist på tre år fra den 2. december 2003, dvs. i alt seks år, til at iværksætte dette direktivs bestemmelser om forskelsbehandling på grund af alder og handicap. I så fald underretter de straks Kommissionen […]«

12. Forbundsrepublikken Tyskland gjorde brug af denne mulighed, hvorfor bestemmelserne om forskelsbehandling på grund af alder og handicap i direktiv 2000/78 skulle være gennemført senest den 2. december 2006 i denne medlemsstat.

B — *National ret*

13. § 622 i den tyske civillovbog (Bürgerliches Gesetzbuch, herefter »BGB«), der bærer overskriften »Opsigelsesvarsler i ansættelsesforhold«, har følgende ordlyd:

»1) En arbejders eller funktionærs (arbejdstagers) ansættelsesforhold kan opsiges med et varsel på fire uger til den 15. i eller til udløbet af en kalendermåned.

2) Ved ansættelsesforhold i en virksomhed er opsigelsesvarslet for arbejdsgiveren følgende:

— efter to års ansættelse med et varsel på en måned med virkning fra udløbet af en kalendermåned

— efter fem års ansættelse med et varsel på to måneder med virkning fra udløbet af en kalendermåned

— efter otte års ansættelse med et varsel på tre måneder med virkning fra udløbet af en kalendermåned

— efter ti års ansættelse med et varsel på fire måneder med virkning fra udløbet af en kalendermåned

[…]

Ved beregning af beskæftigelsesforholdets varighed medregnes ikke perioder, der er tilbagelagt, inden arbejdstageren er fyldt 25 år [4].«

14. I §§ 1, 2 og 10 i den almindelige lov om ligebehandling (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) af 14. august 2006 [5], hvorved direktiv 2000/78 blev gennemført, bestemmes følgende:

»§ 1 — Lovens formål

Denne lov har til formål at forhindre eller afskaffe ulige behandling på grund af race, etnisk oprindelse, køn, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

§ 2 — Anvendelsesområde

[…]

4) For opsigelser finder bestemmelserne om sædvanlig og særlig beskyttelse mod opsigelse udelukkende anvendelse.

4 — Dette punktum fandtes i det væsentlige allerede i § 2, stk. 1, i lov om opsigelsesvarsler for funktionærer (Gesetz über den Fristen für die Kündigung von Angestellten) af 9.7.1926.

5 — BGBl. 2006 I, s. 1897.

[…]

§ 10 — Lovligheden af visse former for ulige behandling på grund af alder

Uanset § 8 er ulige behandling på grund af alder tilladt, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål. Midlerne til at opfylde det pågældende formål skal være hensigtsmæssige og nødvendige. Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

1. tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem

[…]«

II — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

15. Seda Kücükdeveci er født den 12. februar 1978. Hun blev ansat af Swedex den 4. juni 1996, dvs. efter at hun var fyldt 18 år.

16. Ved skrivelse af 19. december 2006 afskedigede Swedex arbejdstageren med virkning fra den 31. januar 2007 i overensstemmelse med det lovfæstede opsigelsesvarsel.

17. Ved søgsmål anlagt den 9. januar 2007 indbragte Seda Kücükdeveci afskedigelsen for Arbeitsgericht Mönchengladbach (Tyskland). Til støtte for søgsmålet gjorde hun navnlig gældende, at afskedigelsen først ville få virkning den 30. april 2007, idet opsigelsesvarslet ifølge BGB's § 622, stk. 2, første punktum, nr. 4), efter ti års ansættelse i virksomheden forlænges til fire måneder med virkning fra udløbet af en kalendermåned.

18. Ifølge Seda Kücükdeveci indebærer BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, ved at bestemme, at ansættelsesperioder, der er tilbagelagt inden det fyldte 25. år, ikke skal medtages ved beregningen af opsigelsesvarslet, forskelsbehandling på grund af alder i strid med fællesskabsretten. Denne nationale bestemmelse må følgelig ikke anvendes.

19. Efter at Arbeitsgericht Mönchengladbach havde givet Seda Kücükdeveci medhold i søgsmålet, besluttede Swedex at appellere afgørelsen til Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Tyskland).

20. Denne ret bemærker i forelæggelseskendelsen, at skønt udformningen af beskyttelsen af beskæftigelsen indirekte kan påvirke arbejdsgivernes ansættelsespolitik, er det ikke dokumenteret, at »25-årsreglen« konkret fremmer og opfylder målsætninger på det beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitiske område.

21. Sammenkædningen af forlængelsen af opsigelsesvarslet og en mindstealder beror ifølge den nævnte ret navnlig på den tyske lovgivers social- og familiepolitiske forestillinger og den opfattelse, at ældre arbejdstagere på grund af deres familiemæssige og økonomiske forpligtelser samt deres ringere erhvervsmæssige fleksibilitet og mobilitet påvirkes kraftigere af følgerne af arbejdsløshed. BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, afspejler lovgivers vurdering, at yngre arbejdstagere normalt reagerer lettere og hurtigere på tabet af deres arbejde, og at det i betragtning af deres alder med rimelighed kan forlanges af dem, at de udviser større fleksibilitet og mobilitet. I overensstemmelse med målsætningen om at beskytte ældre arbejdstagere, som har været ansat i længere tid, bestemmes det i BGB's § 622, stk. 2, klart, at ansættelsesperioder, der er tilbagelagt inden det fyldte 25. år, ikke skal tages i betragtning, og at arbejdstagerne først fra denne alder gradvis opnår længere opsigelsesvarsler alt efter varigheden af deres tilknytning til virksomheden.

22. Det er ikke den forelæggende rets opfattelse, at BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, er forfatningsstridig. Den er derimod i tvivl om, hvorvidt bestemmelsen er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

23. Nærmere bestemt tvivler den forelæggende ret på baggrund af Domstolens argumentation i Mangold-dommen og de heri anførte »overvejelser vedrørende strukturen på det pågældende arbejdsmarked eller den berørte arbejdstagers personlige forhold« på, at den ulige behandling kan begrundes objektivt under henvisning til almindelige principper i fællesskabsretten eller under hensyn til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

24. Endvidere finder den, at det følger af Domstolens praksis, at dette direktiv ikke kan have direkte virkning i tvisten i hovedsagen. Den anfører ligeledes, idet den henviser til to af Domstolens nyere domme, hvori de nationale retters forpligtelse til at foretage en

overensstemmende fortolkning er blevet fremhævet og tydeliggjort [6], at det også er en betingelse, at den nationale lovgivning giver mulighed for fortolkning. I henhold til kriterierne om, at der ved fortolkningen af en lovbestemmelse ikke kun skal tages hensyn til bestemmelsens ordlyd, men også til den måde, hvorpå den indgår i det pågældende regelsæts systematik, og, alt efter hvad der fremgår om lovgivers hensigt, målene for den ordning, bestemmelsen er en del af [7], finder den forelæggende ret ikke, at BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, hvis ordlyd er utvetydig, giver mulighed for fortolkning.

25. Den ønsker derfor afklaret, hvilke konsekvenser den nationale ret skal drage, hvis bestemmelsen er uforenelig med det almindelige princip i fællesskabsretten, som forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder udgør.

26. I den forbindelse fremhæver den forelæggende ret, at de nationale retsinstanser ifølge den tyske forfatning har pligt til at anvende de gældende lovbestemmelser. Den tvivler på, at Mangold-dommen kan fortolkes således, at den bemyndiger de nationale retter til ved gennemførelsen af den primære fællesskabsret at undlade at anvende national lovgivning, der strider imod denne. Det ville nemlig kunne føre til, at medlemsstaternes retsinstanser, der kan beslutte enten at undlade at anvende eller at anvende en national lovgivning, alt efter om den efter deres opfattelse strider imod den primære fællesskabsret eller ej, har forskellig praksis. Disse overvejelser har fået den forelæggende ret til at anmode Domstolen om at oplyse, om denne i Mangold-dommen ønskede at fastslå, at de nationale retsinstanser ikke kan være forpligtede i henhold til den nationale lovgivning til at anmode om en præjudiciel afgørelse, før de kan fastslå, at en national lovbestemmelse ikke skal anvendes, fordi den strider imod den primære fællesskabsret. Endelig peger den forelæggende ret på, at uanvendeligheden af de modstridende nationale bestemmelser, der fastslås i Mangold-dommen, rejser spørgsmålet om beskyttelsen af den berettigede forventning, som borgerne har til, at de gældende love anvendes, især når der opstår tvivl om, hvorvidt de er forenelige med de almindelige principper i fællesskabsretten.

27. På den baggrund har Landesarbeitsgericht Düsseldorf besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Er en national lovgivning, hvorefter de opsigelsesvarsler, som en arbejdsgiver skal respektere, gradvist forlænges med stigende anciennitet,

6 — Dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 119, og af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 124.

7 — Den forelæggende ret har hvad dette angår henvist til en dom afsagt af Bundesverfassungsgericht den 7.6.2005 og til Domstolens dom af 7.12.2006, sag C-306/05, SGAE, Sml. I, s. 11519, præmis 34.

dog således at der ikke tages hensyn til beskæftigelsesperioder, som arbejdstageren har tilbagelagt inden det fyldte 25. år, i strid med det fællesskabsretlige forbud mod aldersdiskriminering, navnlig med primær EF-ret eller med direktiv 2000/78 […]?

b) Kan den omstændighed, at arbejdsgiveren ved opsigelse af yngre arbejdstagere alene skal respektere det almindelige opsigelsesvarsel, være begrundet i, at der indrømmes arbejdsgivere en erhvervsmæssig interesse i en personalemæssig fleksibilitet — som mindskes ved længere opsigelsesvarsler — og der ikke tilkommer yngre arbejdstagere samme beskyttelse af eksisterende rettigheder og foretagne dispositioner (som ældre arbejdstagere har i form af længere opsigelsesvarsler), f.eks. fordi de under hensyn til deres alder og/eller færre sociale, familiære og private forpligtelser tilskyndes til en højere grad af fleksibilitet og mobilitet i arbejdsmæssig og personlig henseende?

2) Såfremt spørgsmål 1 a) besvares bekræftende, og spørgsmål 1 b) besvares benægtende:

Skal retterne i en medlemsstat i en retstvist mellem privatpersoner undlade at anvende en lovbestemmelse, der udtrykkeligt er i strid med fællesskabsretten, eller kræver den tillid, som retssubjekterne har til anvendelsen af gældende national ret, at uanvendelighed først indtræder, når De Europæiske Fællesskabers Domstol har truffet afgørelse vedrørende den bestemmelse, der hævdes at være tilsidesat, eller en i det væsentlige lignende bestemmelse?«

III — Bedømmelse

A — *Spørgsmål 1 a) og 1 b)*

28. Ved det første spørgsmål søges det i det væsentlige oplyst, om fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, hvorefter beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke skal medtages ved beregningen af opsigelsesvarslet i tilfælde af afskedigelse. Inden spørgsmålet besvares, skal det fastslås — således som den forelæggende ret anmoder Domstolen om — hvilken fællesskabsforskrift der udgør den relevante norm i den foreliggende sag: princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som ifølge Domstolen udgør et almindeligt princip i fællesskabsretten [8], eller direktiv 2000/78.

8 — Mangold-dommen, præmis 75.

1. Hvilken fællesskabsforskrift er den relevante norm?

29. I en situation som i tvisten i hovedsagen er det efter min opfattelse direktiv 2000/78, der er relevant, når det skal fastslås, om der foreligger forskelsbehandling på grund af alder i strid med fællesskabsretten.

30. Indledningsvis skal jeg bemærke, at det fremgår af såvel overskriften og præamblen som indholdet og formålet med direktiv 2000/78, at det tilsigter at fastlægge en generel ramme for at sikre ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv ved at tilbyde alle personer en effektiv beskyttelse mod forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde, hvoraf én vedrører alder [9].

31. De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen indtraf efter udløbet af den frist, Forbundsrepublikken Tyskland havde til at gennemføre direktivet, dvs. efter den 2. december 2006.

32. Endvidere er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at den nationale lovgivning, det drejer sig om, er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Jeg henviser i den forbindelse til, at ifølge artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 »finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor […] på alle personer for så vidt angår […] ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn«. Da BGB's § 622 udgør en bestemmelse, hvori der er fastsat regler for en af de betingelser, hvorunder en afskedigelse kan finde sted, må den anses for omfattet af direktivets anvendelsesområde.

33. Min vurdering af, om BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, strider imod fællesskabsrettens forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, bygger derfor primært på de bestemmelser i direktiv 2000/78, hvori det angives, hvad der skal anses for forskelsbehandling på grund af alder i strid med fællesskabsretten. Direktivet udgør derfor det udførlige regelsæt, som gør det muligt at fastslå, om der forekommer forskelsbehandling på grund af alder inden for beskæftigelse og erhverv.

34. Jeg mener følgelig ikke, at der er nogen grund til at tillægge det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder selvstændig betydning og kun fortolke dette, da der ville være den betydelige ulempe ved dette valg, at det fratog direktiv 2000/78 dets praktiske betydning. Det betyder dog ikke, at det almindelige princip i fællesskabs-

9 — Dom af 16.10.2007, sag C-411/05, Palacios de la Villa, Sml. I, s. 8531, præmis 42.

retten, som forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder udgør, ikke vil spille nogen rolle i min vurdering af den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse. Da dette almindelige princip er uløseligt forbundet med direktiv 2000/78, hvis hovedformål er at lette gennemførelsen af det, bør det — således som jeg forklarer i forbindelse med svaret på det andet spørgsmål — tages i betragtning, når det skal fastslås, om og under hvilke betingelser direktiv 2000/78 kan påberåbes i en tvist mellem private.

35. Efter denne bemærkning skal det nu undersøges, om direktiv 2000/78, herunder navnlig dettes artikel 6, stk. 1, skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som BGB's § 622, stk. 2, andet punktum.

2. Er direktiv 2000/78 til hinder for BGB's § 622, stk. 2, andet punktum?

36. Indledningsvis kan det fastslås, at der ved BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, indføres en forskelsbehandling, der direkte er begrundet i alder som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78, eftersom der ifølge bestemmelsen ikke skal medtages ansættelsesperioder, som en arbejdstager har tilbagelagt, før vedkommende er fyldt 25 år, ved beregningen af ansættelsesforholdets varighed, der på sin side anvendes til at fastsætte det opsigelsesvarsel, der gælder i tilfælde af afskedigelse. I BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, foreskrives det nemlig direkte, at afskedigede arbejdstagere, der har påbegyndt ansættelsesforholdet hos arbejdsgiveren, før de fyldte 25 år, skal behandles ringere end afskedigede arbejdstagere, der har påbegyndt ansættelsesforholdet efter at have nået denne alder. Desuden stiller foranstaltningen yngre arbejdstagere ringere end ældre, idet de førstnævnte, således som Seda Kücükdevecis situation viser, potentielt ikke er omfattet af den beskyttelsesordning, som den gradvise forlængelse af opsigelsesvarslerne i takt med varigheden af den pågældendes ansættelse i virksomheden udgør.

37. Det fremgår imidlertid af artikel 6, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2000/78, at en sådan ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, som er forbudt i henhold til artikel 2, »hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige«. Ulige behandling på grund af alder, hvorpå der gives en række eksempler i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, kan således være begrundet i sådanne legitime formål, som udgør socialpolitiske formål [10].

10 — Dom af 5.3.2009, sag C-388/07, Age Concern England, Sml. I, s. 1569, præmis 46.

38. Under retsmødet redegjorde Forbundsrepublikken Tysklands repræsentant for den generelle baggrund for indførelsen af 25-årsreglen. Det fremgik af redegørelsen, at den tyske lovgiver i 1926 oprettede en ordning, hvorefter opsigelsesvarslerne gradvis blev forlænget i forhold til ansættelsesforholdets varighed. Formålet med at fastsætte en tærskel på 25 år for medregningen af ansættelsesperioder var delvis at fritage arbejdsgiverne for den gradvise forlængelse af opsigelsesvarslerne. Bestemmelsen herom gjorde det tilsyneladende lettere at indgå det politiske kompromis om indførelsen af den primære foranstaltning, nemlig forlængelsen. Desuden synes bestemmelsen at have til formål at give arbejdsgiverne større fleksibilitet, når de vil afskedige yngre arbejdstagere, samtidig med at denne fleksibilitet i relation til de yngste arbejdstagere på en vis måde kompenserer for den byrde, den gradvise forlængelse af opsigelsesvarslerne i forhold til ansættelsesforholdets varighed lægger på arbejdsgiverne. Den tyske lovgiver søgte med andre ord at afveje styrkelsen af beskyttelsen af arbejdstageren i takt med varigheden af den pågældendes ansættelse i virksomheden mod arbejdsgivernes interesse i en mere fleksibel personaleforvaltning.

39. Også den forelæggende rets redegørelse giver nærmere oplysninger om den sammenhæng, hvori BGB's § 622, stk. 2, blev indført. Samlet betragtet tager paragraffen sigte på at styrke beskyttelsen af ældre arbejdstagere mod arbejdsløshed. Den tyske lovgiver gik ud fra, at arbejdsløshed rammer ældre arbejdstagere hårdere end yngre, fordi de førstnævnte har familiemæssige og økonomiske forpligtelser, som de sidstnævnte i almindelighed ikke har, og endvidere ringere erhvervsmæssig mobilitet. Da den omstridte bestemmelse blev vedtaget, dvs. i første del af det 20. århundrede, var det tilsyneladende sædvanligt, at arbejdstagerne — først og fremmest de mandlige — stiftede familie i 30-årsalderen. Eftersom yngre arbejdstagere normalt ikke havde forsøgerforpligtelser før dette alderstrin, var de tilstrækkeligt beskyttet af det almindelige opsigelsesvarsel. Desuden reagerede de lettere og hurtigere på tabet af deres arbejde.

40. Det anføres ligeledes, at 25-årsreglen kan anses for at have et legitimt beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitisk formål, fordi reglen fører til at nedbringe det højere arbejdsløshedsniveau for yngre arbejdstagere, da den skaber betingelser, som er fremmende for ansættelse af denne aldersgruppe. At arbejdsgiverne kun skal overholde det almindelige opsigelsesvarsel, skulle med andre ord tilskynde dem til at ansætte flere yngre arbejdstagere.

41. Kan man på baggrund af disse betragtninger anse BGB's 622, stk. 2, andet punktum, hvorefter ansættelsesperioder tilbagelagt før det fyldte 25. år ikke skal medregnes, for at have et legitimt formål som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, nærmere bestemt et socialpolitisk formål?

42. Efter min opfattelse må man skelne mellem den foranstaltning, den gradvise forlængelse af opsigelsesvarslet i takt med varigheden af ansættelsen i virksomheden udgør, og den, der består i fastsættelsen af en mindstealder på 25 år som betingelse for at nyde godt af denne forlængelse.

43. Forlængelsen af opsigelsesvarslet har klart til formål at beskytte arbejdstagere, som den tyske lovgiver anser for at have ringere tilpasningsevne og omplaceringsmuligheder, når de har været ansat længe i en virksomhed. Hvis en arbejdsgiver beslutter at afskedige en arbejdstager, som har været ansat længe i virksomheden, er det givet, at et forlænget opsigelsesvarsel gør det lettere for den pågældende at overgå til en ny erhvervsmæssig situation, herunder navnlig at finde nyt arbejde. Denne styrkelse af beskyttelsen af afskedigede arbejdstagere i forhold til varigheden af deres ansættelse i en virksomhed kan efter min opfattelse anses for at have et legitimt beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitisk formål som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

44. Det er derimod vanskeligere at påvise et legitimt formål som omhandlet i samme bestemmelse med, at ansættelsesperioder, der er tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke skal medregnes.

45. Indledningsvis forekommer betragtningen om, at en sådan foranstaltning indvirker positivt på ansættelsen af yngre arbejdstagere, mig mildt sagt teoretisk. Det er derimod givet, at korte opsigelsesvarsler uundgåeligt indvirker negativt på yngre arbejdstageres forsøg på at finde nyt arbejde. Efter min mening fremmer indførelsen af en regel om, at ordningen med forlængelse af opsigelsesvarslerne først gælder fra det 25. år, derfor ikke unge arbejdstageres erhvervsmæssige integration som omhandlet i artikel 6, stk. 1, andet afsnit, litra a), i direktiv 2000/78.

46. Hovedformålet med denne foranstaltning, således som det fremgår af den generelle baggrund for den, er at give arbejdsgiverne mulighed for en mere fleksibel forvaltning af den personalekategori, yngre arbejdstagere udgør, idet den tyske lovgiver fandt, at sådanne arbejdstagere havde mindre behov end ældre arbejdstagere for at være beskyttet i tilfælde af afskedigelse. Spørgsmålet er derfor, om arbejdsgivernes interesse i at kunne forvalte en kategori af arbejdstagere mere fleksibelt kan anses for at udgøre et af de socialpolitiske formål, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, på samme måde som beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitiske mål.

47. I dommen i sagen Age Concern England anførte Domstolen, at disse legitime formål er af almen interesse og dermed adskiller sig fra rent individuelle begrundelser, der er særegne for arbejdsgivere, såsom omkostningsbegrænsning eller forbedring af konkurrenceevnen, uden at det dog kan udelukkes, at en national regel, hvorved de nævnte legitime

formål forfølges, kan indrømme arbejdsgivere en vis fleksibilitet [11]. Heraf udleder jeg, at Domstolen ikke udelukker, at en national beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitisk foranstaltning kan bestå i at indrømme »arbejdsgivere en vis fleksibilitet«. Jeg har dog svært ved at forestille mig, at det i sig selv kan udgøre et legitimt formål at indrømme arbejdsgiverne en sådan fleksibilitet. Domstolen har nemlig fastslået, at »legitime« formål som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 er »af almen interesse«. Den foranstaltning, der består i, at ansættelsesperioder, der er tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke skal medregnes, og som i sidste instans er ensbetydende med, at en kategori af arbejdstagere, nemlig de yngste, udelukkes fra en ordning for beskyttelse mod afskedigelse, synes ikke at indeholde noget element af almen interesse.

48. Endvidere er jeg ikke sikker på, at en af de forudsætninger, BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, bygger på, nemlig at yngre arbejdstagere reagerer lettere og hurtigere end andre arbejdstagere på tabet af deres arbejde, er rigtig. Den store andel, unge repræsenterer af de arbejdsløse i vore samfund, kuldkaster denne forudsætning, som der måske var grundlag for i 1926, men som ikke holder i vore dage.

49. Af disse grunde mener jeg ikke, at den foranstaltning, der består i, at ansættelsesperioder, som er tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke skal medtages ved beregningen af opsigelsesvarslerne, har et legitimt formål som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

50. Selv hvis Domstolen fastslår, at foranstaltningen har et legitimt socialpolitisk formål såsom beskæftigelses- og arbejdsmarkedspolitiske mål, går den efter min opfattelse under alle omstændigheder ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde et sådant formål.

51. Ganske vist råder medlemsstaterne ubestrideligt over en vid skønsmargin ved valget af, ikke blot hvilket bestemt formål blandt andre man ønsker at forfølge på området for socialpolitik og beskæftigelse, men også ved valget af, hvilke foranstaltninger der kan opfylde det [12]. Domstolen har dog også angivet, at generelle udsagn om en bestemt foranstaltnings egnethed til at indgå i beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitikken hverken er tilstrækkelige til at godtgøre, at denne foranstaltning kan berettige, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fraviges, eller til at støtte den konklusion, at der var rimelig grund til at antage, at de valgte midler er egnede til at opfylde dette formål [13]. Selv hvis BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, har til formål at fremme ansættelsen af unge arbejdstagere, og dermed den erhvervsmæssige integration af denne arbejdstagerkategori, er der intet konkret, som underbygger denne

11 — Præmis 46.

12 — Dommen i sagen Palacios de la Villa, præmis 68.

13 — Dommen i sagen Age Concern England, præmis 51.

påstand, eller som viser, at foranstaltningen er egnet til at opfylde det nævnte formål. Derfor mener jeg ikke, at det er godtgjort, at foranstaltningen er hensigtsmæssig og nødvendig.

52. Endvidere fører anvendelsen af BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, til en situation, hvori alle arbejdstagere, der har påbegyndt et arbejdsforhold, før de er fyldt 25 år, og som afskediges, som det skete for Seda Kücükdeveci, kort efter at de har nået denne alder, generelt, uanset deres personlige og familiemæssige forhold samt niveauet for deres uddannelse, er udelukket fra en væsentlig del af beskyttelsen af arbejdstagerne i tilfælde af afskedigelse. Ydermere er denne generelle udelukkelse, som blev vedtaget i 1926, blevet opretholdt, uden at det mig bekendt er blevet påvist, at en sådan aldersgrænse stadig passer til den økonomiske og sociale situation, som denne kategori af arbejdstagere i vore dage befinder sig i.

53. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter ansættelsesperioder tilbagelagt inden det fyldte 25. år generelt ikke skal medtages ved beregningen af opsigelsesvarslerne i tilfælde af afskedigelse.

B — *Det andet spørgsmål*

54. Med det andet spørgsmål søger den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke konsekvenser den skal drage af, at BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, er uforenelig med direktiv 2000/78. Er den navnlig forpligtet til at undlade at anvende denne nationale bestemmelse, når den er forelagt en tvist mellem private? Påhviler det den endvidere at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, før den kan undlade at anvende en national bestemmelse, der strider imod fællesskabsretten?

55. Det sidste spørgsmål mener jeg ikke kræver nogen længere udredning. Det har nemlig stået klart siden dommen af 9. marts 1978, Simmenthal [14], at de nationale retter i deres egenskab af fællesskabsrettens almindelige domstole har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og beskytte de rettigheder, den tillægger private, idet de skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der strider mod fællesskabsretten. Den nationale rets pligt til at udelukke nationale bestemmelser, der udgør en hindring for den fulde virkning af fællesskabsbestemmelserne, er ikke afhængig af, at Domstolen forinden er blevet forelagt et præjudicielt spørgsmål, idet den mulighed for at forelægge et sådant, som de nationale retter råder over i henhold til artikel 234, stk. 2, EF, ellers ville blive forvandlet til en generel forpligtelse til at foretage en præjudiciel forelæggelse.

14 — Sag 106/77, Sml. s. 629.

56. Første del af den forelæggende rets spørgsmål er derimod vanskeligere, og der findes ikke noget klart svar på det i Domstolens praksis.

57. Domstolen har imidlertid gentagne gange givet et klart svar på, om et direktiv, som en medlemsstat enten ikke har gennemført eller har gennemført fejlagtigt, kan påberåbes i en tvist mellem private. Den har således konsekvent fastslået, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådant kan påberåbes over for sådanne. Ifølge Domstolen følger det heraf, at selv en klar, præcis og ubetinget bestemmelse i et direktiv, som har til formål at tillægge private rettigheder eller at pålægge private forpligtelser, ikke som sådan kan finde anvendelse inden for rammerne af en sag, hvori alene private er parter [15]. Domstolen har således afvist at tage et skridt, der ville medføre, at direktiver blev ligestillet med forordninger, nemlig at tillægge Fællesskabet beføjelser til at udstede regler, der direkte skaber forpligtelser for private, selv om en kompetence hertil kun tilkommer Fællesskabet med dets kompetence til at udstede forordninger [16]. Derved har den iagttaget den særlige karakter af direktiver, som pr. definition kun medfører forpligtelser for medlemsstaterne og kun kan pålægge private forpligtelser gennem de nationale gennemførelsesforanstaltninger [17].

58. Som kompensation for den klare afvisning af at tillægge direktiver direkte horisontal virkning har Domstolen peget på, at der findes alternative løsninger, som er egnede til at imødekomme private, der finder, at de har lidt skade på grund af manglende eller fejlagtig gennemførelse af et direktiv.

59. Det første middel til afhjælpning af direktivers manglende direkte horisontale virkning består i den nationale domstols forpligtelse til i videst muligt omfang at fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, således at det med direktivet tilsigtede resultat opnås [18]. Princippet om overensstemmende fortolkning kræver, at de nationale retsinstanser gør alt, hvad der henhører under deres kompetence — idet de tager den nationale ret i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret — for at sikre den fulde virkning af direktivet og for at nå et resultat, der er i overensstemmelse med det, der tilsigtes med direktivet [19].

60. I dommen i sagen Pfeiffer m.fl. anviste Domstolen i forbindelse med en tvist mellem private, hvilken fremgangsmåde den nationale ret skal følge, og indsnævrede derved endnu en smule grænsen mellem muligheden for at påberåbe sig et direktiv med henblik på overensstemmende fortolkning og muligheden for at påberåbe sig et direktiv med henblik på udelukkelse af modstridende

15 — Dom af 7.6.2007, sag C-80/06, Carp, Sml. I, s. 4473, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 24.

17 — Jf. D. Simon: *La directive européenne,* Dalloz, 1997, s. 73.

18 — Jf. bl.a. dommen i sagen Pfeiffer m.fl., præmis 113 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 23.4.2009, forenede sager C-378/07 — C-380/07, Angelidaki m.fl., Sml. I, s. 3071, præmis 197.

19 — Dommen i sagen Angelidaki m.fl., præmis 200.

nationale bestemmelser. Domstolen udtalte nemlig, at hvis det i henhold til national ret er muligt ved anvendelsen af fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret, under visse omstændigheder at fortolke en bestemmelse i den nationale retsorden på en sådan måde, at en konflikt med en anden national norm undgås, eller med henblik herpå at begrænse rækkevidden af denne bestemmelse ved kun at anvende den, i det omfang den er forenelig med den nævnte norm, har den nationale domstol pligt til at anvende samme metoder med henblik på at opnå det resultat, der forfølges med direktivet [20].

61. Det står imidlertid fast, at nationale retsinstansers forpligtelse til at henvise til indholdet af et direktiv, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses af generelle retsprincipper, og navnlig af retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod tilbagevirkende kraft, og den kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret [21].

62. Det andet middel til afhjælpning af direktivers manglende direkte horisontale virkning kan netop benyttes i tilfælde, hvor det resultat, der tilsigtes med et direktiv, ikke kan nås gennem fortolkning. Medlemsstaterne er nemlig ifølge fællesskabsretten forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af undladelsen af at gennemføre direktivet, når tre betingelser er opfyldt. For det første skal de mål, der tilsigtes med direktivet, indebære, at private tillægges rettigheder, for det andet skal indholdet af disse rettigheder kunne fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser, og for det tredje skal der være årsagsforbindelse mellem medlemsstatens tilsidesættelse af sin forpligtelse og det lidte tab [22].

63. Endelig består det tredje middel til afhjælpning i en ophævelse af sammenhængen mellem direktivers direkte horisontale virkning og muligheden for, at de kan påberåbes med henblik på udelukkelse af modstridende nationale bestemmelser, herunder også i en tvist mellem private. Denne løsning svarer til at fastslå, at selv om direktiver ikke kan træde i stedet for manglende eller mangelfulde nationale bestemmelser og direkte pålægge private forpligtelser, kan de i de mindste påberåbes med henblik på at udelukke nationale bestemmelser, der strider imod det pågældende direktiv, således at den nationale ret ved løsningen af en tvist mellem private herefter kun anvender nationale bestemmelser, som er renset for sådanne, som strider imod direktivet.

64. Domstolen har imidlertid aldrig generelt og udtrykkeligt ophævet sammenhængen mellem direktivers såkaldte direkte virkning

20 — Dommen i sagen Pfeiffer m.fl., præmis 116.

21 — Dommen i sagen Angelidaki m.fl., præmis 199 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Ibidem, præmis 202 og den deri nævnte retspraksis.

med henblik på substitution og muligheden for at påberåbe sig direktiver med henblik på udelukkelse [23]. Dette tredje middel til afhjælpning har derfor for nærværende kun meget begrænset betydning [24].

65. Sammenfattende er linjen i Domstolens nugældende praksis med hensyn til direktivers virkning i tvister mellem private som følger. Domstolen anerkender fortsat ikke, at direktiver har direkte horisontal virkning, og synes at finde, at de to primære midler til afhjælpning af denne mangel, nemlig pligten til en overensstemmende fortolkning og medlemsstaternes erstatningsansvar for overtrædelser af fællesskabsretten, i de fleste tilfælde er tilstrækkelige til at sikre den fulde virkning af direktiver og til at imødekomme private, der finder, at de har lidt skade på grund af medlemsstaternes forseelse.

66. Det svar, der skal gives den forelæggende ret, kunne derfor i overensstemmelse med traditionen bestå i at henvise til den retspraksis, jeg netop har redegjort for, og meddele den nationale ret, at den har pligt til at anvende alle de redskaber, den råder over, med henblik på at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med formålet med direktiv 2000/78, og, hvis en sådan fortolkning ikke kan gennemføres, til at opfordre Seda Kücükdeveci til at rejse erstatningssøgsmål mod Forbundsrepublikken Tyskland for ufuldstændig gennemførelse af dette direktiv.

67. Det er imidlertid ikke denne løsning, jeg foreslår Domstolen at vælge, og det af følgende grunde.

68. For det første gælder, således som Landesarbeitsgericht Düsseldorf korrekt har påpeget, pligten til en overensstemmende fortolkning kun, hvis den nationale lovgivning, det drejer sig om, giver mulighed for fortolkning. Ifølge den nævnte ret er dette ikke tilfældet med hensyn til BGB's § 622, stk. 2, andet punktum. Domstolen er således blevet forelagt et spørgsmål af en ret, der har meddelt den, at ordlyden af den nævnte bestemmelse er klar, og at den ikke kan fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med, hvad der tilsigtes med direktiv 2000/78,

23 — For en generel redegørelse for sondringen mellem de nævnte to virkninger af fællesskabsretten jf. bl.a. punkt 24-90 i generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Linster-sagen (dom af 19.9.2000, sag C-287/98, Sml. I, s. 6917) og D. Simon: »Synthèse générale«, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000,* La Documentation française, Paris, 2001, s. 321, hvori det hedder, at »når Domstolen ikke tillægger visse bestemmelser i fællesskabsretten direkte virkning, er det ganske enkelt, fordi de nationale retter *ikke kan* anvende de pågældende bestemmelser uden at blive tvunget til at gå ud over deres opgave som domstole og sætte sig i stedet for den nationale lovgiver, der i sådanne tilfælde råder over et skøn, som en domstol ikke kan udøve uden at krænke de grundlæggende principper om magtens deling« (s. 332). Ved påberåbelse med henblik på udelukkelse er der ikke fare for, at der gøres indgreb i udøvelsen af dette skøn. Der er kun tale om at prøve, om medlemsstaten ved udøvelsen har holdt sig inden for grænserne for skønnet.

24 — Der henvises ofte til, at det i dom af 30.4.1996, sag C-194/94, CIA Security International, Sml. I, s. 2201, og af 26.9.2000, sag C-443/98, Unilever, Sml. I, s. 7535, fastslås, at direktiver kan påberåbes med henblik på udelukkelse i en tvist mellem private. Domstolen fastslog nærmere bestemt, at en teknisk forskrift, der ikke er blevet anmeldt i overensstemmelse med Rådets direktiv 83/189/EØF af 28.3.1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 109, s. 8), hvilket ifølge Domstolen udgør »en væsentlig proceduremangel«, ikke må bringes i anvendelse af den nationale ret, herunder i en tvist mellem private parter (CIA Security International-dommen, præmis 48, og Unilever-dommen, præmis 50). Den begrundede kursændringen i forhold til sin traditionelle retspraksis med, at »direktiv 83/189 [ikke definerer] det materielle indhold af den retsregel, som den nationale ret skal lægge til grund for afgørelsen i den sag, der er indbragt for den. Direktivet skaber hverken rettigheder eller forpligtelser for private« (Unilever-dommen, præmis 51).

selv om den gør alt, hvad den kan inden for rammerne af sin kompetence, for at opfylde direktivets formål. På den baggrund finder jeg ikke, at det vil være tilfredsstillende at opfordre den forelæggende ret til at gøre noget, den ikke mener sig i stand til i betragtning af det indhold, som gældende national ret har.

69. For det andet ville der være den primære ulempe ved et svar, der ledte Seda Kücükdeveci i retning af et erstatningssøgsmål mod Forbundsrepublikken Tyskland, at hun tabte den aktuelle sag med de økonomiske konsekvenser, dette ville have, på trods af at det er blevet fastslået, at der foreligger forskelsbehandling på grund af alder i strid med direktiv 2000/78, og ville være nødt til at anlægge en ny. En sådan løsning mener jeg ville være i strid med den ret til en effektiv klageadgang, som personer, der mener, at de er blevet krænket ved, at princippet om ligebehandling er blevet tilsidesat i forhold til dem, har i henhold til artikel 9 i direktiv 2000/78. Derfor indebærer en effektiv bekæmpelse af forskelsbehandling, der strider imod fællesskabsretten, at den kompetente nationale ret straks og uden at opfordre de skadelidte til at rejse erstatningssøgsmål mod staten kan indrømme personer, der tilhører den kategori, som forskelsbehandles, de samme fordele som de personer, der tilhører den privilegerede kategori [25]. Jeg mener følgelig, at Domstolen ikke bør indskrænke sig til at give et svar, der primært går ud på, at der kan rejses erstatningssøgsmål mod staten for ufuldstændig gennemførelse af direktivet.

70. Jeg opfordrer Domstolen til at anlægge en mere ambitiøs holdning, når der er tale om forskelsbehandling, der strider imod fællesskabsretten — en holdning, der desuden ikke står i direkte modsætning til dens traditionelle praksis vedrørende direktivers mangel på direkte horisontal virkning. Holdningen, som for en stor del bygger på den særlige karakter af direktiver om bekæmpelse af forskelsbehandling og retsforskrifternes rangfølge i Fællesskabets retsorden, går ud på, at et direktiv, der er blevet vedtaget for at lette gennemførelsen af det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling, ikke kan mindske rækkevidden af dette princip. Domstolen bør således fastslå — på samme måde som den har gjort med hensyn til det almindelige princip i fællesskabsretten selv — at et direktiv, der har til formål at bekæmpe forskelsbehandling, kan påberåbes i en tvist mellem private med henblik på at udelukke anvendelsen af en national lovgivning, der strider imod direktivet.

71. I øvrigt mener jeg, at den nævnte holdning er den eneste, som er forenelig med, hvad Domstolen fastslog i Mangold-dommen. Den fandt i denne dom, at en national lovgivning, der uden begrænsninger tillader indgåelse af en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, når arbejdstageren er fyldt 52 år, medmindre der i nær forbindelse hermed tidligere har været indgået en tidsubegrænset ansættelseskon-

25 — Jf. bl.a. dom af 17.1.2008, sag C-246/06, Velasco Navarro, Sml. I, s. 105, præmis 38.

trakt med samme arbejdsgiver, ikke kan begrundes under henvisning til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78. Det væsentligste problem, Domstolen skulle tage stilling til, var, hvilke konsekvenser den nationale ret skulle drage af denne fortolkning i en situation, hvor, for det første, hovedsagen verserede mellem to privatpersoner, og, for det andet, fristen for at gennemføre direktivet endnu ikke var udløbet, da den omtvistede ansættelseskontrakt blev indgået.

72. Domstolen overvandt disse to forhindringer ved i overensstemmelse med den praksis, den havde fastlagt i Simmenthal-dommen, at fastslå, at det påhviler den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, inden for rammerne af sine beføjelser at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af fællesskabsretten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov [26]. Derved fastslog Domstolen, at det nævnte princip kan påberåbes i en tvist mellem private med henblik på at udelukke anvendelsen af en diskriminerende national lovgivning.

73. Når Domstolen nåede frem til denne konklusion, var det fordi den fandt, at den omstændighed, at fristen for at gennemføre direktiv 2000/78 endnu ikke var udløbet, da kontrakten blev indgået, ikke kunne ændre, at den nationale lovgivning, det drejede sig om, var uforenelig med artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78. For det første støttede Domstolen sig på den praksis, den havde fastlagt i dom af 18. december 1997, Inter-Environnement Wallonie [27], og hvorefter medlemsstaterne, mens fristen for gennemførelsen af et direktiv løber, skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare [28].

74. For det andet henviste Domstolen til, at princippet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv ikke fastsættes i direktiv 2000/78 selv. I henhold til direktivets artikel 1 har dette nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af første og fjerde betragtning til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner [29]. Domstolen udledte heraf, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip [30].

26 — Mangold-dommen, præmis 77 og 78.

27 — Sag C-129/96, Sml. I, s. 7411.
28 — Præmis 45. Jf. også Mangold-dommen, præmis 67.
29 — Mangold-dommen, præmis 74.
30 — Ibidem, præmis 75.

75. Dernæst henholdt Domstolen sig til den praksis, hvorved den har fastslået, at når en national retsforskrift falder inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde, skal Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om en sådan retsforskrift er i overensstemmelse med dette princip. Den nationale bestemmelse, det drejede sig om, var som en foranstaltning til gennemførelse af Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP [31], omfattet af fællesskabsretten. Domstolen fastslog derfor, at spørgsmålet om, hvorvidt det almindelige princip om ligebehandling, bl.a. med hensyn til alder, er overholdt, derfor ikke alene kan afhænge af udløbet af den frist, der er givet medlemsstaterne til at gennemføre et direktiv, hvis formål er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af alder [32].

76. Som det er almindeligt kendt, er Mangold-dommen blevet kritiseret fra mange sider. Hvis man holder sig til det nye, denne dom bragte, nemlig at spørgsmålet om, hvorvidt det almindelige princip i fællesskabsretten, som princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udgør, er overholdt, ikke kan afhænge af udløbet af den frist, der er givet medlemsstaterne til at gennemføre direktiv 2000/78, og at den nationale ret derfor har pligt til at sikre den fulde virkning af dette princip og undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, herunder også i en tvist mellem private, mener jeg, at denne kritik bør undersøges nærmere.

77. Hvad indledningsvis angår selve spørgsmålet om, hvorvidt princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udgør et almindeligt princip i fællesskabsretten, er jeg således tilbøjelig til at mene, at den vægt, Domstolen lagde på princippet, hænger sammen med den udvikling i fællesskabsretten, som består i, dels at alder er blevet indføjet som en forbudt begrundelse for forskelsbehandling i artikel 13, stk. 1, EF, dels at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er blevet fastslået som en grundlæggende rettighed, således som det fremgår af artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [33]. Ganske vist havde Domstolens ræsonnement givet været mere overbevisende, hvis det ikke kun havde bygget på internationale konventioner og medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, hvori der for størstedelens vedkommende ikke fastsættes et særligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men også på de nævnte bestemmelser. Jeg finder det imidlertid væsentligt, at Domstolens fastslåelse af, at fællesskabsretten indeholder et sådant almindeligt princip, er i overensstemmelse med medlemsstaternes og fællesskabsinstitutionernes udtalte ønske om effektivt at bekæmpe forskelsbehandling på grund af alder. På den baggrund er det ikke overraskende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder som et

31 — EFT L 175, s. 43. Jf. Mangold-dommen, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Mangold-dommen, præmis 76.

33 — Charteret blev proklameret højtideligt første gang den 7.12.2000 i Nice (EFT C 364, s. 1) og anden gang den 12.12.2007 i Strasbourg (EUT C 303, s. 1).

specifikt udtryk for det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling og som en grundlæggende rettighed har den høje status at være et almindeligt princip i fællesskabsretten.

78. Hvad endvidere angår de konsekvenser, Domstolen i Mangold-dommen drog af det forhold, at der findes et sådant princip, mener jeg, at de stemmer overens med den praksis, Domstolen gradvis har fastlagt vedrørende det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling.

79. Domstolen har således for længst fastslået, at det generelle lighedsprincip er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten [34]. I henhold til dette princip må forhold, der er sammenlignelige, ikke behandles forskelligt, medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet [35]. Princippet udgør en af de grundrettigheder, Domstolen skal beskytte [36].

80. I sin egenskab af almindeligt princip i fællesskabsretten opfylder det nævnte princip flere funktioner. Det gør det muligt for Fællesskabets retsinstanser at afhjælpe eventuelle mangler i den primære eller afledte rets bestemmelser. Desuden er det et fortolkningsinstrument, der kan tydeliggøre betydningen og rækkevidden af bestemmelser i fællesskabsretten [37], og et middel til prøvelse af gyldigheden af Fællesskabets retsakter [38].

81. Desuden binder det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling medlemsstaterne, når de gennemfører fællesskabsbestemmelserne. Følgelig påhviler det dem i videst muligt omfang at anvende disse bestemmelser, således at de krav, der følger af beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder i Fællesskabets retsorden, ikke tilsidesættes [39]. Hvad dette angår har Domstolen som tidligere nævnt fastslået, at den, når en national retsforskrift falder inden for anvendelsesområdet for fællesskabsretten, ved en præjudiciel forelæggelse skal give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om disse retsforskrifter er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte [40]. Viser det sig ved denne fortolk-

34 — Dom af 19.10.1977, forenede sager 117/76 og 16/77, Ruckdeschel m.fl., Sml. s. 1753, præmis 7.

35 — Jf. bl.a. dom af 25.11.1986, forenede sager 201/85 og 202/85, Klensch m.fl., Sml. s. 3477, præmis 9, og af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Rodríguez Caballero-dommen, præmis 32.

37 — Jf. bl.a. den indflydelse, lighedsprincippet havde på afgrænsningen af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40) i dom af 30.4.1996, sag C-13/94, P./S., Sml. I, s. 2143, præmis 18-20.

38 — Jf. bl.a. dom af 10.3.1998, sag C-122/95, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 973, præmis 54-72.

39 — Rodríguez Caballero-dommen, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

40 — Ibidem, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

ning, at en national lovgivning strider imod fællesskabsretten, skal den nationale ret undlade at anvende den i overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens forrang.

82. Domstolen tager i sit ræsonnement i Mangold-dommen disse forskellige punkter i sin praksis i betragtning med henblik på sikre virkningen af det almindelige lighedsprincip uden hensyn til udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2000/78. Et sådant ræsonnement mener jeg er i overensstemmelse med retsforskrifternes rangfølge i Fællesskabets retsorden.

83. For at belyse, hvorledes Domstolen opfatter forholdet mellem en regel i henholdsvis den primære og den afledte fællesskabsret, kan der drages en sammenligning med den måde, hvorpå den har opfattet forholdet mellem EF-traktatens artikel 119 (nu artikel 119 EF (EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF)), hvori princippet om lige løn til mandlige og kvindelige arbejdstagere fastslås, og direktiv 75/117/EØF [41].

84. I dom af 8. april 1976, Defrenne [42], udtalte Domstolen således, at direktiv 75/117 i visse henseender præciserer det saglige anvendelsesområde for traktatens artikel 119 og desuden indeholder forskellige bestemmelser, som i det væsentlige skal forbedre retsbeskyttelsen for de arbejdstagere, som måtte lide tab ved tilsidesættelsen af det i traktatens artikel 119 fastsatte ligelønsprincip [43]. Den bemærkede, at direktivet har til formål at fremme gennemførelsen af traktatens artikel 119 ved hjælp af en række foranstaltninger, der skal træffes på nationalt plan, uden at direktivet dog kan afsvække denne artikels virkeevne [44]. I dom af 31. marts 1981, Jenkins [45], anførte Domstolen i samme retning, at artikel 1 i direktivet, hvis væsentligste formål er at lette den praktiske gennemførelse af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119, ikke på nogen måde ændrer ved dette princips indhold eller rækkevidde som fastlagt i artiklen [46]. Domstolen har for ikke længe siden henvist til denne retspraksis i dom af 3. oktober 2006, Cadman [47].

85. På baggrund af ovennævnte retspraksis forekommer det mig fuldstændig logisk, at Domstolen i Mangold-dommen fastslog, at det forhold, at fristen for at gennemføre direktiv 2000/78 ikke var udløbet, ikke kunne begrænse virkningen af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, og at den nationale ret for at sikre denne virkning skulle undlade at anvende modstridende bestemmelser i den nationale lovgivning. Desuden var den omstændighed, at tvisten i hovedsagen vedrørte to privatpersoner, ikke til hinder for, at dette almindelige

41 — Rådets direktiv af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

42 — Sag 43/75, Sml. s. 455.
43 — Præmis 54.
44 — Præmis 60.
45 — Sag 96/80, Sml. s. 911.
46 — Præmis 22.
47 — Sag C-17/05, Sml. I, s. 9583, præmis 29.

princip i fællesskabsretten kunne påberåbes med henblik på udelukkelse, idet Domstolen allerede gentagne gange havde taget et større skridt ved at tillægge bestemmelser i traktaten, der indeholder specifikke udtryk for det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling, direkte horisontal virkning [48].

86. Domstolen skal nu beslutte, om den skal anlægge samme holdning, når der er tale om situationer, der er opstået efter udløbet af fristen for at gennemføre direktiv 2000/78. Efter min mening bør svaret være bekræftende, idet det ville bryde den logik, Mangold-dommen bygger på, at indtage et andet standpunkt.

87. Eftersom direktiv 2000/78 udgør et redskab, der skal lette gennemførelsen af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, herunder navnlig forbedre beskyttelsen af arbejdstagere, der eventuelt har lidt skade ved, at princippet er blevet tilsidesat, kan direktivet nemlig ikke påvirke rækkevidden af dette princip, heller ikke — og så meget mindre — efter at den frist, der er givet medlemsstaterne til at gennemføre direktiv 2000/78, er udløbet. Hvad dette angår er det svært at forestille sig, at følgerne af fællesskabsrettens forrang svækkes af, at fristen for at gennemføre direktiv 2000/78 er udløbet. Navnlig kan jeg dog ikke forestille mig, at beskyttelsen af borgerne mod forskelsbehandling, der strider imod fællesskabsretten, bliver mindre stærk efter udløbet af denne frist, skønt der er tale om en forskrift, som har til formål at beskytte dem yderligere. Jeg mener derfor, at direktiv 2000/78 bør kunne påberåbes i en tvist mellem private med henblik på at udelukke anvendelsen af en national bestemmelse, der strider imod fællesskabsretten.

88. At anlægge denne holdning indebærer i denne sag ikke, at Domstolen ændrer sin retspraksis vedrørende direktivers manglende direkte horisontale virkning. I den foreliggende sag gælder det nemlig kun om at udelukke en national bestemmelse, der strider imod direktiv 2000/78, nemlig BGB's § 622, stk. 2, andet punktum, således at den nationale ret kan anvende de øvrige bestemmelser i denne paragraf, i det foreliggende tilfælde opsigelsesvarslerne beregnet på grundlag af arbejdsforholdets varighed. Der er således ikke tale om at anvende direktiv 2000/78 direkte på en selvstændig privat adfærd, der ikke er omfattet af nogen særlige statslige forskrifter, som f.eks. en beslutning truffet af en arbejdsgiver om ikke at ansætte arbejdstagere, som er over 45 eller under 35

48 — Jf. bl.a. dom af 12.12.1974, sag 36/74, Walrave og Koch, Sml. s. 1405, Defrenne-dommen og dom af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139. Jf. desuden som en nylig bekræftelse af, at traktatens bestemmelser om grundlæggende friheder, såsom artikel 43 EF, har direkte horisontal virkning, dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, Sml. I, s. 10779, præmis 57-59 og den deri nævnte retspraksis.

år. I denne situation måtte man imidlertid rejse det spørgsmål, om det er hensigtsmæssigt at tillægge dette direktiv en egentlig direkte horisontal virkning [49].

89. Hvis Domstolen fastholder, at den ikke generelt vil ophæve sammenhængen mellem direktivers såkaldte direkte virkning med henblik på substitution og muligheden for at påberåbe sig et direktiv med henblik på udelukkelse, mener jeg endvidere, at den særlige karakter af direktiver om bekæmpelse af forskelsbehandling giver Domstolen mulighed for at vælge en løsning med en mere begrænset rækkevidde, der samtidig udmærker sig ved at være i overensstemmelse med den retspraksis, den har udviklet vedrørende det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling. Når der på den baggrund tillægges direktiv 2000/78 større mulighed for at blive påberåbt i tvister mellem private, er det, fordi det gennemfører dette princip for så vidt angår det aspekt, som forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder udgør.

90. Afslutningsvis vil jeg gerne bemærke, at Domstolen som følge af den stadig større rolle, fællesskabsretten spiller i forholdet mellem private, efter min opfattelse ikke kan undgå at blive stillet over for andre situationer, hvori det spørgsmål rejser sig, om direktiver, der bidrager til at sikre grundlæggende rettigheder, kan påberåbes i tvister mellem private. Der vil sandsynligvis opstå flere sådanne situationer, hvis Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder i fremtiden tillægges bindende retsvirkning, idet en række af de grundlæggende rettigheder, der fastlås i charteret, indgår i den gældende fællesskabsret i form af direktiver [50]. Derfor bør Domstolen efter min mening allerede nu overveje, om det giver grundlag for at styrke muligheden for at påberåbe sig direktiver i tvister mellem private, at rettigheder, der er sikret ved direktiver, fastslås at udgøre grundlæggende rettigheder. Den foreliggende sag giver Domstolen lejlighed til at angive, hvorledes den agter at besvare dette vigtige spørgsmål.

49 — I så fald ville problemet være mere indviklet at løse, idet Domstolen ud over den betydelige forhindring, der består i karakteren af den akt inden for den afledte fællesskabsret, som direktivet udgør, ville skulle tage stilling til det mere generelle spørgsmål, om forbuddet mod forskelsbehandling kan omfatte alle former for forhold mellem private. Hvad dette angår har jeg noteret mig, at ufravigeligheden af forbuddet mod visse former for forskelsbehandling i en række primærretlige bestemmelser allerede har foranlediget Domstolen til at tillægge disse den videst mulige anvendelighed, navnlig inden for rammerne af forholdet mellem private (jf. bl.a. Defrenne-dommen, præmis 39, og Angonese-dommen, præmis 34-36). Endvidere fremgår det af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2000/78, hvori det bestemmes, at direktivet »finder […] anvendelse både i den offentlige og den private sektor […] på alle personer«, at fællesskabslovgiver opfatter forbuddet mod forskelsbehandling således, at det også omfatter arbejdsforhold, der er omfattet af privatretten. Jf. desuden, uden for fællesskabssammenhængen, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.7.2004 i sagen Pla og Puncernau mod Andorra (*Recueil des arrêts et décisions*, 2004-VIII), hvori domstolen synes at fastslå, at den ret til ikke at blive forskelsbehandlet, der fastsættes i artikel 14 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, udfærdiget i Rom den 4.11.1950, gælder i forhold mellem private, og derved åbne mulighed for prøvelse af rent private akters forenelighed med denne artikel (jf. vedrørende dette punkt F. Sudre: *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. udgave, PUF, Paris, 2008, s. 264).

50 — Jf. herom O. De Schutter: »Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis«, *Classer les droits de l'homme*, 2004, s. 315. Forfatteren nævner som eksempler retten til information og høring af arbejdstagerne i virksomheden (artikel 27), beskyttelse af arbejdstageren i tilfælde af ubegrundet opsigelse (artikel 30), retten til retfærdige og rimelige arbejdsforhold (artikel 31), forbud mod børnearbejde og beskyttelse af unge på arbejdspladsen (artikel 32), sikkerhed for at kunne forene familieliv og arbejdsliv (artikel 33) og vandrende arbejdstageres ret til social sikring (artikel 34, stk. 2) (s. 346 og 347).

IV — Forslag til afgørelse

91. På baggrund af det foranstående som helhed foreslår jeg, at Domstolen kender for ret:

»1) Artikel 6, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter ansættelsesperioder tilbagelagt inden det fyldte 25. år generelt ikke skal medtages ved beregningen af opsigelsesvarslerne i tilfælde af afskedigelse.

2) Den nationale ret skal undlade at anvende den nævnte nationale lovgivning, herunder også i en tvist mellem private.«